رد المحتار على الدر المختار

حاشية ابن عابدين

على شرح

الشيخ علاء الدين محمد بن علي الحصكفي

لمتن "تنوير الأبصار"

للشيخ شمس الدين التمرتاشي

ومعه "تقريرات الرافعي" وضعت في الهامش زيادة في المنفعة

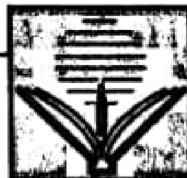
تحقيق

عبد المجيد طعمه حلبي

الجزء الثامن

دار المعرفة
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى : 1420 هـ 2000 م



DAR EL-MAREFAH
Publishing & Distributing

دار المعرفة
للطباعة والنشر والتوزيع

جسر المطار - شارع البرجاوي - ص ب:٧٨٧٦ ,هاتف: ٨٣٤٣٠١ - ٨٥٨٨٢٠ ، فاكس ٨٣٥٦١٤، بيروت - لبنان
Airport Square, P.O.Box :7876,Tel : 834301 , 858820, Fax : 835614 , Beirut - Lebanon
http://www.darelmarefah.com/ E.mail:info@darelmarefah.com.lb/

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

٢١ ــ كِتَابُ الحِوَالَةِ

(هي) لغة: النقل، وشرعاً: (نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه)

كِتَابُ الحِوَالَةِ

كل من الحوالة والكفالة عقد التزام ما على الأصيل للتوثق، إلا أن الحوالة تتضمن إبراء الأصيل إبراء مقيداً كما سيجيء فكانت كالمركب مع المفرد، والثاني مقدّم فلزم تأخير الحوالة. نهر. قوله: (هي لغة النقل) أي: مطلقاً لدين أو عين، وهي اسم من الإحالة، ومنه يقال: أحلت زيداً على عمرو، فاحتال: أي: قبل. وفي المغرب: تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل، وهو نقل الشيء من محل إلى محل، وتمامه في الفتح. قوله: (وشرعاً نقل الدين إلخ) أي: مع المطالبة، وقيل: نقل المطالبة فقط، ونسب الزيلعي الأول إلى أبي يوسف[1] والثاني إلى محمد. وجه الأول دلالة الإجماع، على أن المحتال لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهبه منه صح، ولو أبرأ المحيل أو وهبه لم يصح، وحكي في المجمع خلاف محمد في الثانية، ووجه الثاني دلالة الإجماع أيضاً، على أن المحيل إذا قضى دين الطالب قبل أن يؤدي المحتال عليه لا يكون متطوعاً[2]، ويجبر على القبول، وكذا المحتال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرتدّ بالرد، ولو وهبه منه ارتد، كما لو أبرأ الطالب الكفيل أو وهبه، ولو انتقل الدين إلى ذمته لما اختلف حكم الإبراء والهبة[3]، وكذا المحال لو أبرأ المحال عليه لم يرجع على المحيل، وإن كانت بأمره كالكفالة، ولو وهبه رجع[4] إن لم يكن للمحيل عليه دين، وتمامه في البحر.

(1) قال الرافعي: قوله: (ونسب الزيلعي الأول إلى أبي يوسف) وعليه الفتوى سندي عن «التتارخانية».

(2) قال الرافعي: قوله: (لا يكون متطوعاً إلخ) فيكون له الرجوع بدينه الذي له على المحال عليه إن كان له دين.

(3) قال الرافعي: قوله: (ولو انتقل الدين إلى ذمته لما اختلف حكم الإبراء والهبة) فإن الإبراء حينئذ يكون تمليك الدين لمن الدين عليه، وهو يرتد بالرد.

(4) قال الرافعي: قوله: (ولو وهبه رجع إلخ) ولو كان الدين يتحول لكان الإبراء والهبة سواء في عدم الرجوع، قال في «الفتح» في هذه الصورة: ولو كان الدين يتحوّل إلى ذمته كان الإبراء والهبة سواء =

وهل توجب البراءة من الدين المصحح؟ نعم. فتح (المديون محيل والدائن محتال ومحتال له ومحال ومحال له) ....

وظاهره: اتفاق القولين على هذه المسائل، ثم ذكر ما يفيد اتفاق القولين أيضاً على عود الدين بالتوى، وعلى جبر المحال على قبول الدين من المحيل وعلى قسمة الدين بين غرماء المحيل بعد موته قبل قبض المحتال، وعلى أن إبراء المحال المحال عليه لا يرتد بالرد، وعلى أن توكيل المحال المحيل بالقبض من المحال عليه غير صحيح، وعلى أن المحتال لو وهب الدين للمحال عليه كان للمحال عليه أن يرجع على المحيل، وعلى أنها تفسخ بالفسخ وعلى عدم سقوط حق حبس المبيع فيما إذا أحاله المشتري، وكذلك لو كان عند المحتال رهن للمحيل لا يسقط حق حبسه، بخلاف ما إذا كان المحيل هو البائع على المشتري أو المرتهن على الراهن، فإنه يبطل حبس المبيع والرهن لسقوط المطالبة مع أن هذه المسائل تباين كونها نقلاً للدين، ولكن اعتبرت الحوالة تأجيلاً إلى التوى في بعض الأحكام وجعل النقل للمطالبة، وفي بعضها اعتبرت إبراء وجعل النقل للدين أيضاً، وتمام التوجيه في البحر. وفي الحامدية عن فتاوى قارىء الهداية: إذا أحال الطالب إنساناً على مديونه وبالدين كفيل برىء المديون من دين المحيل وبرىء كفيله، ويطالب المحتال الأصيل لا الكفيل، لأنه لم يضمن له شيئاً لكنها براءة موقوفة، وكذا إذا أحال المرتهن بدينه على الراهن بطل حقه في حبس الرهن ولا يكون رهناً عند المحتال اهـ. وفي هذه المسألة المرتهن هو المحيل وفيما مر هو المحتال، وعلمت وجه الفرق بينهما، ويأتي أيضاً ومسألة الكفالة في البزازية وفيها: لو أحال الكفيل الطالب بالمال على رجل برىء الأصيل والكفيل، إلا أن يشترط الطالب براءة الكفيل فقط فلا يبرأ الأصيل. قوله: (والدائن محتال ومحتال له إلخ) يعني يطلق عليه هذه الألفاظ الأربعة في الاصطلاح. درر. وظاهره: أن اللغة بخلافه، ولذا قال في المعراج: قولهم للمحتال المحتال له لغو، لأنه لا حاجة إلى هذه الصلة زاد في الفتح بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهما محتال ومحتال عليه، فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه اهـ.

قلت: ويمكن تصحيح كلامهم، وذلك أن الحوالة لغة بمعنى النقل مطلقاً كما مر، فالمديون يدفع الطالب عن نفسه ويسلطه على غريمه، وفي الاصطلاح نقل الدين وهو من أفراد المعنى اللغوي أيضاً، فعلى الأول يقال: محتال[1] لا غير وعلى الثاني محتال له لا غير، لأن

= في حقه فلا يرجع اهـ. إذ لو انتقل الدين على المحال عليه لكانت الهبة إبراء فلا رجوع، كما ذكره السندي.

(1) قال الرافعي: قوله: (فعلى الأول يقال محتال إلخ) المراد بالأول المعنى اللغوي كما أن المراد بالثاني المعنى الشرعي.

ويزاد خامس وهو حويل. فتح (ومن يقبلها محتال عليه ومحال عليه) فالفرق بالصلة وقد تحذف من الأول. (والمال محال به و) الحوالة (شرط لصحتها رضا الكل

المحيل بمعنى الناقل، والمحال عليه بمعنى المنقول عليه الدين، والدين منقول والطالب محال له: أي: منقول لأجله، ولو قيل محال بمعنى منقول لم يصح، لأن المنقول هو الدين على هذا الوجه، بخلافه على الأول فإن المنقول هو ذات الطالب، وبهذا ظهر أن قولهم: محتال ومحتال له مبني على اختلاف المراد في المنقول هل هو ذات الطالب أو دينه، فافهم، نعم يصح على الثاني أن يقال فيه محتال بطريق المجاز: أي: محتال دينه، وبه ظهر أنه لا لغو في كلامهم، فاغتنم هذا التقرير. **قوله: (ويزاد خامس وهو حويل)** عبارة الفتح: ويقال للمحتال حويل أيضاً، فما ذكره الشارح نقل لعبارة الفتح بالمعنى، فافهم. ونقل في البحر عبارة عن تلخيص الجامع فيها إطلاق الحويل على المحال عليه. قال الرملي: فلعله يطلق عليهما. **قوله: (فالفرق بالصلة)** أي: باختلافها وهي اللام في الأول، وعلى في الثاني، وهذا على وجودها في الأول وقد علمت وجه صحته، وأما على حذفها المفاد بقوله: وقد تحذف فالمراد أن الفرق بالصلة وجوداً وعدماً كما مر عن الفتح، فافهم. **قوله: (والحوالة شرط لصحتها إلخ) قال في النهر:** وشرط صحتها في المحيل العقل، فلا تصح حوالة مجنون وصبيّ لا يعقل والرضا، فلا تصح حوالة المكره؛ وأما البلوغ فشرط للنفاذ، فصحة حوالة الصبي العاقل موقوفة على إجازة وليه وليس منها الحرية، فتصح حوالة العبد مطلقاً، غير أن المأذون يطالب للحال والمحجور بعد العتق[1] ولا الصحة فتصح من المريض. وفي المحتال العقل والرضا، وأما البلوغ فشرط النفاذ أيضاً، فانعقد احتيال الصبي موقوفاً على إجازة وليه إن كان الثاني أملى من الأول كاحتيال الوصي بمال اليتيم. ومن شرط صحتها المجلس قال في الخانية: والشرط حضرة المحتال فقط حتى لا تصح في غيبته إلا أن يقبل عنه آخر، وأما غيبة المحتال عليه فلا تمنع، حتى لو أحال عليه فبلغه فأجاز صح، وهكذا في البزازية، ولا بد في قبولها من الرضا، فلو أكره على قبولها لم تصح، وفي المحال به أن يكون ديناً لازماً فلا تصح ببدل الكتابة كالكفالة اهـ. **قوله: (رضا الكل)** أم رضا الأول فلأن ذوي المروءات قد يأنفون تحمل غيرهم ما عليهم من الدين، فلا بد من رضاه؛ وأما رضا المحتال فلأن فيها انتقال حقه إلى ذمة أخرى والذمم متفاوتة؛ وأما رضا الثالث وهو المحتال عليه فلأنها إلزام الدين[2] ولا لزوم بلا التزام. درر.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (غير أن المأذون يطالب للحال والمحجور بعد العتق) معنى هذا أن العبد إذا أحال وتوى المال تتوجه المطالبة عليه للحال إن كان مأذوناً، وبعد العتق إن كان محجوراً، وإلا فالكلام في شرط صحتها بالنسبة للمحيل اهـ. حموي. وفي «المنبع» غير أنه إن كان مأذوناً يرجع عليه المحال عليه إذا أدّى، وتتعلق برقبته إن لم يكن في يده ما يوفي، وإن محجوراً يرجع عليه بعد العتق اهـ. وهذا أصوب.

(2) قال الرافعي: قوله: (وأما رضا الثالث وهو المحتال عليه فلأنها التزام الدين إلخ) في السندي =

بلا خلاف إلا في الأول) وهو المحيل فلا يشترط على المختار. شرنبلالية عن المواهب. بل قال ابن الكمال: إنما شرطه القدوري للرجوع عليه فلا اختلاف في الرواية، لكن استظهر الأكمل أن ابتداءها إن من المحيل شرط ضرورة، وإلا لا، وأراد بالرضا القبول، فإن قبولها[1] في مجلس الإيجاب شرط الانعقاد. بحر عن

قلت: نقل السائحاني عن لقطة البحر: إذا استدانت الزوجة النفقة بأمر القاضي لها أن تحيل على الزوج بلا رضاه. قوله: (فلا يشترط على المختار) هو رواية الزيادات قال فيها: لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر، بل فيه منفعة لأن المحال عليه لا يرجع إذا لم يكن بأمره. درر. قوله: (للرجوع عليه) أي: رجوع المحال عليه على المحيل، أو ليسقط الدين الذي للمحيل على المحال عليه كما في الزيلعي، أما بدون الرضا فلا رجوع ولا سقوط وهو محمل رواية الزيادات. قوله: (لكن استظهر الأكمل إلخ) أي: في العناية، وهو توفيق آخر بين روايتي الزيادات والقدوري، لكن لا بد فيه من ضميمة التوفيق الأول كما تعرفه. قوله: (شرط ضرورة) لأنها إحالة وهي فعل اختياري ولا يتصور بدون الإرادة والرضا وهو محمل رواية القدوري، وقوله: (وإلا لا) أي: وإن لم يكن ابتداؤها من المحيل بل من المحال عليه تكون احتيالاً يتم بدون إرادة المحيل بإرادة المحال عليه ورضاه، وهو وجه رواية الزيادات. عناية. لكن لا يخفى أنه على الثاني لا يثبت[2] للمحال عليه الرجوع بما أدى، ولو كان عليه للمحيل دين لا يسقط إلا برضا المحيل فرجع إلى التوفيق الأول. قوله: (وأراد بالرضا القبول) أي: الذي هو أحد ركني العقد فيشترط له المجلس، لأن شطر العقد لا يتوقف على قبول غائب بل يلغو، بخلاف الرضا الذي ليس ركن عقد. قوله: (فإن قبولها إلخ) ذكر في البحر أولاً أن من الشروط مجلس الحوالة، وقال: وهو شرط الانعقاد في قولهما، خلافاً لأبي يوسف فإنه شرط النفاذ عنده، فلو كان المحتال غائباً عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز لم ينعقد عندهما خلافاً له، والصحيح قولهما اهـ. ثم قال هنا: وأراد من الرضا القبول في مجلس الإيجاب لما قدمناه أن قبولهما في مجلس الإيجاب شرط الانعقاد، وهو مصرح به في البدائع اهـ. وما ذكره في البحر أولاً هو عبارة البدائع،

= والمذهب أنه لا بد من رضا المحال عليه سواء كان عليه دين أو لا، وسواء كان المحال به مثل الدين أولا «بحر» اهـ.

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (فإن قبولها إلخ) الذي في نسخ الخط قبولهما، وهو أوجه في الاستدراك بما في «الدرر».

(2) قال الرافعي: قوله: (لكن لا يخفى أنه على الثاني لا يثبت إلخ) القصد التوفيق بين روايتي اشتراط رضا المحال عليه وعدمه، ولا شك في حصوله بما قاله الأكمل، والرجوع وعدمه شيء آخر لا تعرض له في الكلام، وإن ثبت إذا تحققت الحوالة من المحيل، ولا يثبت إذا لم تتحقق منه تأمل. ثم إن ما ذكره الشارح من التوفيقين لا يتأتى مع ما ذكره في «الدرر» من علة اشتراط رضا المحيل، فإن مقتضاها عدم صحة الحوالة بلا رضاه، ولو كانت غير موجبة للرجوع أو كان ابتداؤها من غيره.

البدائع. لكن في الدرر وغيرها: الشرط قبول المحتال أو نائبه ورضا الباقين لا حضورهما[1]، وأقره المصنف ....

فقوله: «لما قدمناه أن قبولهما» الظاهر أن الميم فيه زائدة[2]، وأن الضمير فيه مفرد عائد للحوالة، لأن المتبادر من كلام البدائع أن اشتراط المجلس عندهما إنما هو في المحتال فقط بقرينة التفريع، ويأتي قريباً ما يؤيده اهـ. قوله: (لكن في الدرر وغيرها) أي: كالخانية والبزازية والخلاصة. وعبارة الخانية: الحوالة تعتمد قبول المحتال له والمحال عليه، ولا تصح في غيبة المحتال له في قول أبي حنيفة ومحمد، كما قلنا في الكفالة إلا أن يقبل رجل الحوالة للغائب، ولا تشترط حضرة المحتال عليه لصحة الحوالة حتى لو أحاله على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحت الحوالة اهـ. ومراده بالقبول في قوله: «تعتمد قبول إلخ»، الرضا الأعم من القبول المشروط له المجلس بقرينة آخر العبارة، ولم يذكر رضا المحيل بناء على رواية الزيادات أنه غير شرط.

فتلخص من كلامه: أن الشرط قبول المحتال في المجلس ورضا المحال عليه ولو غائباً، وهو ما لخصه في النهر كما مر، وظاهره أن خلاف أبي يوسف في المحتال فقط، فعنده لا تشترط حضرته بل يكفي رضاه كالمحال عليه، وأنه لا خلاف في المحال عليه في أن حضرته غير شرط، وبه ظهر أنه لا يصح التوفيق بحمل ما في الدرر وغيرها على قول أبي يوسف الذي هو خلاف الصحيح، بل هو محمول على قولهما المصحح فافهم. وبما قررناه ظهر أنه لا خلاف في اشتراط الرضا الأعم، وأن الخلاف في قبول المحتال في المجلس لا في رضاه، فلا ينافي ذلك قول المصنف: «شرط رضا الكل بلا خلاف إلخ» خلافاً لما ظنه في العزمية. قوله: (أو نائبه) أي: ولو فضولياً، وبه عبر في الدرر. قال في الفتح: فيتوقف: أي: قبول الفضولي على إجازة المحتال إذا بلغه. قوله: (ورضا الباقين) كذا في بعض النسخ بياءين ثانيتهما ياء التثنية، وفي عامة النسخ بياء واحدة على أنه جمع أريد به ما فوق الواحد، ثم لا يخفى أن اشتراط رضا المحيل مبني على رواية القدوري وهي خلاف المختار كما قدمه، فالأحسن عبارة الغرر متن الدرر وهي: وشرط حضور الثاني إلا أن يقبل فضولي له لا حضور الباقين اهـ. فلم يذكر اشتراط رضاهما فيصدق بكل من

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (لا حضورهما) أي: معاً، وإلا فلا بد من حضور أحدهما ورضاه حتى يتحقق عقد الحوالة بالإيجاب والقبول، إذ ركنها الإيجاب والقبول كما نقله ط عن «البدائع»، وإن كان ظاهر عبارته أنه لا يشترط حضورهما أصلاً، ولذا استدرك به على ما قبله المفيد اشتراط القبول في مجلس الإيجاب، ويدل على ذلك تصوير «الدرر» الآتي، وكأن وجه الاستدراك أن الكلام السابق إنما يفيد انعقادها بالإيجاب والقبول، ولا يفيد اشتراط حضور المحتال حتى يكون قابلاً لها، وقد أفاد هذا الاستدراك أنه شرط.

(2) قال الرافعي: قوله: (فقوله: لما قدمناه أن قبولهما الظاهر أن الميم فيه زائدة إلخ) قد يقال: لا حاجة لدعوى الزيادة والعبارة فيها تغليب، والمراد بقبولهما الإيجاب والقبول، والقصد بيان اشتراط اتحاد المجلس لهذا العقد، وهذا مستفاد مما ذكره في «البحر» أولاً.

(وتصح في الدين) المعلوم **(لا في العين)** زاد في الجوهرة: ولا في الحقوق انتهى[1] ....

الروايتين. وقال في الدرر: أما عدم اشتراط حضور الأول، وهو المحيل فبأن يقول رجل للدائن: لك على فلان بن فلان ألف درهم فاحتل بها عليّ فرضي الدائن فإن الحوالة تصح حتى لا يكون له أن يرجع[2]، وأما عدم اشتراط حضور الثالث وهو المحتال عليه فبأن يحيل الدائن على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحت الحوالة، كذا في الخانية. اهـ.

قلت: فلم يذكر في هذا التصوير رضا المحيل الغائب، وذكر في الثاني رضا المحتال عليه الغائب، وذلك مبني على رواية الزيادات المختارة كما مر. **قوله: (وتصح في الدين)** الشرط كون الدين للمحتال على المحيل، وإلا فهي وكالة لا حوالة، وأما الدين على المحال عليه فليس بشرط. أفاده في البحر. وفيه عن المحيط: ولو أحال المحال عليه المحتال على آخر جاز وبرىء الأول والمال على الآخر كالكفالة من الكفيل اهـ. فدخل في الدين دين الحوالة كما دخل دين الكفالة، فإن الكفيل لو أحال الطالب جاز كما يأتي. وفي البزازية: كل دين جازت به الكفالة جازت به الحوالة. وفي الهندية: ما لا تجوز به الكفالة لا تجوز به الحوالة. **قوله: (المعلوم)** فلو احتال بمال مجهول على نفسه[3] بأن قال: احتلت بما يذوب لك على فلان لا تصح الحوالة مع جهالة المال، ولا تصح الحوالة أيضاً بهذا اللفظ. بحر عن البزازية. **قوله: (لا في العين)** لأن النقل الذي تضمنته نقل شرعي، وهو لا يتصوّر في الأعيان، بل المتصور فيها النقل الحسي فكانت نقلاً للوصف الشرعي وهو الدين. فتح. **قال في الشرنبلالية:** يرد عليه ما سيذكره من أنها تصح بالدراهم الوديعة إذ ليس فيها نقل الدين، وكذا الغصب على القول بأن الواجب فيه رد العين والقيمة مخلص، ودفع الإيراد بأن الحوالة بالوديعة وكالة حقيقية اهـ.

قلت: فيه نظر لما سيأتي في الحوالة المقيدة بوديعة ونحوها أنه لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه، ولا المحتال عليه دفعها للمحيل، ولا يخفى أن الوكالة حقيقة تنافي ذلك،

---

(1) **قال الرافعي:** قول الشارح: (زاد في الجوهرة ولا في الحقوق) أشار في شرح نظم «الكنز» إلى تمثيله بأن يحيله بحق الشفعة الثابت له على المشتري انتهى. سندي.

(2) **قال الرافعي:** قوله: (حتى لا يكون له أن يرجع) بخلاف ما لو قيل للمديون: عليك ألف لفلان فأحله بها عليّ، فقال المديون: أحلت، ثم بلغ الطالب، فأجاز لا يجوز عند الإمام ومحمد كذا في «البزازية». سندي.

(3) **قال الرافعي:** قوله: (فلو احتال بمال مجهول على نفسه إلخ) أي: مجهول ثبوته على المحيل، وليس المراد مجهول القدر، فإن عبارة «البزازية» لا تفيد اشتراط عدمه، بل ما يأتي عن «الذخيرة» يفيد ذلك كما نقله المحشي عنها وعن «البحر»، وكذا ما قدمه المحشي في الكفالة قبيل قول المصنف: وكفالته بالدرك إلخ عن شرح التحرير تأمل. والظاهر أن الضمير في نفسه راجع للمحيل أي: أنه مجهول عليه بسبب عدم معرفته أنه يثبت أولاً، أو راجع للمحتال عليه والجار متعلق باحتال.

وبه عرف أن حوالة الغازي ....

فالصواب في دفع الإيراد أن النقل موجود، لأن المديون إذا أحال الدائن على المودع فقد انتقل الدين عن المديون إلى المودع وصار المودع مطالباً بالدين كأنه في ذمته فكانت حوالة بالدين لا بالعين. نعم لو أحال المودع ربّ الوديعة بها على آخر كانت حوالة بالعين فلا تصح.

مَطْلَبٌ : فِي حِوَالَةِ الغَازِي وَحِوَالَةِ الْمُسْتَحِقِّ مِنَ الوَقْفِ

قوله: (وبه عرف أن حوالة الغازي) مصدر مضاف لفاعله: أي: إحالته غيره على الإمام. وعبارة النهر: وبه عرف أن الحوالة على الإمام من الغازي إلخ. ولا يخفى أن ما ذكره غير ما نحن فيه إذ كلام المصنف في بيان المكفول به فذكر أنه المال لا العين ولا الحقوق، فإذا استدان الغازي ديناً من زيد ثم أحاله به على الإمام صحت الحوالة، سواء قيدها بأن يعطيه الإمام من حقه من الغنيمة المحرزة أو لا، لأن المحال عليه لا يشترط أن يكون عليه للمحيل دين أو عين من وديعة أو غيرها، ولأن المحال به دين صحيح معلوم، فالقول بعدم صحتها ليس له وجه صحة أصلاً؛ وهكذا يقال في المستحق إذا استدان ثم أحال الدائن على الناظر، سواء قيد الحوالة بمعلومه الذي في يد الناظر أو لا، فهي أيضاً من الحوالة بالدين لا بالحقوق. نعم لو أحال الإمام الغازي أو أحال الناظر المستحق على آخر كان مظنة أن يقال إنها من الحوالة بالحقوق، لأن الغنيمة إذا أحرزت بدارنا يتأكد فيها حق الغانمين ولا تملك إلا بالقسمة، ولا يقال: إن الوارث إذا مات بعد الإحراز قبل القسمة يورث نصيبه فيقتضي الملك قبل القسمة. لأنا نقول: إن الحق المتأكد يورث كحق حبس الرهن والرد بالعيب، بخلاف الضعيف كالشفعة، وخيار الشرط كما قدمناه عن الفتح في باب المغنم وقسمته؛ وكذا يقال في غلة الوقف، فإن نصيب المستحق يورث عنه إذا مات قبل القسمة بعد ظهور غلة الوقف في وقف الذرية أو بعد عمل صاحب الوظيفة كما قدمناه هناك، ومقتضى هذا أن لا تصح هذه الحوالة لأن كلاً من الغازي والمستحق لم يثبت له دين في ذمة الإمام والناظر. نعم تكون وكالة بالقبض من المحال عليه كما يأتي في قول المصنف: «وإن قال المحيل للمحتال» وهذا يقع كثيراً، فإن الناظر يحيل المستحق على مستأجر عقار الوقف. وقد أفتى في الحامدية بأنه لو مات الناظر قبل أخذ المحتال، فللناظر الثاني أخذه، لكن ذكرنا في باب المغنم، أن غلة الوقف بعد ظهورها يتأكد فيها حق المستحقين، فتورث عنهم، وأما بعد قبض الناظر لها فينبغي أن تصير ملكاً لهم للشركة الخاصة، بخلاف المغنم فإنه لا يملك إلا بعد القسمة، حتى لو أعتق أحد الغانمين حصته من أمة لا تعتق للشركة العامة إلا إذا قسمت الغنيمة على الرايات فيصح للشركة الخاصة، وعلى هذا فإذا صارت الغلة في يد الناظر صارت أمانة عنده ملكاً للمستحقين لهم مطالبته بها، ويحبس إذا امتنع من أدائها، ويضمنها إذا استهلكها أو هلكت بعد الطلب، فإذا أحال الناظر بعض المستحقين على آخر لا يصح لأنها حوالة بالعين لا بالدين، إلا إذا كان الناظر استهلكها أو خلطها بماله فتصير ديناً بذمته فتصح الحوالة، لأنها حوالة بالدين لا بالعين ولا

بحقه من غنيمة محرزة لا تصح، وكذا حوالة المستحق بمعلومه في الوقف على الناظر. نهر. ثم قال بعد ورقتين: وهذا في الحوالة المطلقة ظاهر، وأما المقيدة، ففي البحر أن مال الوقف في يد الناظر ينبغي أن تصح كالإحالة على المودع، وإلا لا لأنها مطالبة انتهى. ومقتضاه: صحتها بحق الغنيمة، وعندي فيه تردد وبرىء المحيل من الدين ....

بالحقوق، فقد ظهر أن هذه الحوالة لا تكون من الحوالة بالحقوق أصلاً، سواء كان الغازي أو الناظر محيلاً أو محتالاً، وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة، وأن ما ذكره الشارح عن النهر غير محرر، فافهم وتدبر واغنم تحرير هذا المقام، فإنه من فيض ذي الجلال والإكرام. **قوله: (لا تصح)** قد علمت أنه لا وجه له. **قوله: (وهذا في الحوالة المطلقة ظاهر)** لتصريحهم باختصاصها بالديون لابتنائها على النقل. نهر.

قلت: وهذه حوالة بالدين وإن كانت مطلقة، بل الصحة فيها أظهر من عدمها لأن الحوالة المطلقة على ما يأتي أن لا يقيد المحيل بدين له على المحال عليه ولا بعين له في يده؛ فإذا أحال المستحق غريمه بدينه على الناظر حوالة مطلقة فلا شك في صحتها. **قوله: (ينبغي أن تصح)** لما علمت من أن مال الوقف في يده أمانة، ولكن إذا صحت لا تكون من الحوالة بالحقوق، لأن المستحق إنما أحال دائنه بدين صحيح، بل هي حوالة بالدين مقيدة بما عند المحال عليه وهو الناظر. **قوله: (كالإحالة على المودع)** بجامع أن كلاً منهما أمين ولا دين عليه ط. **قوله: (لأنها مطالبة)** أي: لأن الحوالة تثبت المطالبة ولا مطالبة على الناظر فيما لم يصل إليه من مال الوقف الذي قيدت الحوالة به. **قوله: (انتهى)** أي: كلام البحر، **وقوله: (ومقتضاه إلخ)** من كلام النهر أيضاً، فافهم. **قوله: (وعندي فيه تردد)** نقله الحموي وأقره، ويؤيد الصحة ما ذكروه في المغنم أنه يورث عنه لتأكد ملكه فيه، وقد وجد الجامع للقياس فيها وفي الوديعة[1] ط. **قوله: (وبرىء المحيل من الدين إلخ)** أي: براءة مؤقتة بعدم التوى، وفائدة براءته أنه لو مات لا يأخذ المحتال الدين من تركته، ولكنه يأخذ كفيلاً من ورثته أو من الغرماء مخافة أن يتوى حقه، كذا في شرح المجمع ط. ومقتضى البراءة: أن المشتري لو أحال البائع على آخر بالثمن لا يحبس المبيع، وكذا لو أحال الراهن المرتهن بالدين لا يحبس الرهن، ولو أحالها بصداقها لم تحبس نفسها، بخلاف العكس: أي: إحالة البائع غريمه على المشتري بالثمن أو المرتهن غريمه على الراهن أو المرأة على الزوج، والمذكور في الزيادات عكس هذا، وهو أن البائع والمرتهن إذا أحالا سقط حقهما في الحبس، ولو أحيلا لم يسقط، وتمامه في البحر.

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (ما ذكروه في المغنم أنه يورث عنه لتأكد ملكه فيه، وقد وجد الجامع للقياس فيها وفي الوديعة)** حقه في المغنم وإن كان متأكداً، إلا أنه لا يملك فلم يكن كالوديعة المقيس عليها، فلم يزل التردد في صحة هذه الحوالة موجوداً على ما ذكره.

والمطالبة جميعاً (بالقبول) من المحتال للحوالة (ولا يرجع المحتال على المحيل

قلت: ووجهه ظاهر، وهو أن البائع والمرتهن إذا أحالا غريماً لهما على المشتري أو الراهن سقطت مطالبتهما فيسقط حقهما في الحبس، بخلاف ما لو أحيلا فإن مطالبتهما باقية كما أوضحه الزيلعي.

قال في البحر: وفي قوله: «برىء المحيل» إشارة إلى براءة كفيله، فإذا أحال الأصيل الطالب برئا، كذا في المحيط اهـ. وقوله: (والمطالبة جميعاً) دخل فيه ما لو أحال المكفول له ونص على براءته فإنه يبرأ عن المطالبة، وإن أطلق الحوالة برىء الأصيل أيضاً. نهر. وفي حاشية البحر للرملي: يؤخذ من براءة المحيل أن الكفيل لو أحال المكفول له على المديون بالدين المكفول به وقبله برىء، وهي واقعة الفتوى اهـ. وأطال في الاستشهاد له. **قوله**: **(بالقبول من المحتال)** اقتصر عليه تبعاً للبحر، وزاد في النهر: والمحتال عليه[1]، وهو مخالف لما قدمه من أن الشرط قبول المحتال أو نائبه ورضا الباقين. وأفاد أنه لا يلزم قبض المحتال في المجلس إلا إذا كان صرفاً بأن كان دينه ذهباً فأحال عنه بفضة جاز إن قبل الغريم ناقداً في مجلس المحيل والمحتال، وتمامه في البحر عن تلخيص الجامع. **قوله**: **(ولا يرجع المحتال على المحيل إلخ)** هذا إذا لم يشترط الخيار للمحتال أو لم يفسخها المحيل والمحتال، أما إذا جعل للمحال الخيار أو أحاله على أن له أن يرجع على أيهما شاء صح. بزازية. وكذا إذا فسخت رجع المحتال على المحيل بدينه، **ولذا قال في البدائع**: إن حكمها ينتهي بفسخها وبالتوى. وفي البزازية: والمحيل والمحتال يملكان النقض فيبرأ المحتال عليه. وفي الذخيرة: إذا أحال المديون الطالب على رجل بألف أو بجميع حقه وقبل منه ثم أحاله أيضاً بجميع حقه على آخر وقبل منه صار الثاني نقضاً للأول ويبرىء الأول اهـ. بحر.

قلت: وكذا تبطل لو أحال البائع على المشتري بالثمن ثم استحق المبيع أو ظهر أنه حر، لا لو ردّ بعيب ولو بقضاء[2]، وكذلك لو مات العبد قبل القبض، وإذا مات المحال عليه مديوناً قسم

---

(1) **قال الرافعي**: قوله: (وزاد في «النهر»: والمحتال عليه إلخ) الظاهر ما نقله في «النهر»، إذ ليس الكلام في صحة عقد الكفالة حتى يقال: إنه يتم بقبول المحتال بشرط رضا الباقيين، بل في براءة المحيل من الدين وهي متوقفة على قبول المحتال عليه أيضاً، لكن يراد به بالنسبة له ما يشمل الرضا، وفي «العناية» المراد بالقبول رضا من رضاه شرط فيها اهـ، وفي مختصر القدوري: الحوالة إذا تمت بقبول المحتال له والمحتال عليه برىء المحيل اهـ، وهذا يوافق ما في «النهر».

(2) **قال الرافعي**: قوله: (لا لو رد بعيب ولو بقضاء إلخ) ما ذكره من عدم البطلان في هذه وما بعدها استحسان، والقياس البطلان كما قال زفر: وجه القياس أن الكفالة مقيدة بالثمن، وقد بطل فتبطل الحوالة، ووجه الاستحسان أنه قيد الحوالة بالثمن، ولم يتبين أن الثمن لم يكن واجباً ليظهر بطلان الحوالة، بل يسقط للحال، فلا يظهر في حق الغريم المحتال بخلاف الاستحقاق والحرية لأنه ظهر بذلك أن الثمن لم يكن واجباً أصلاً، فلم يثبت ما قيد به الحوالة، فلم تكن صحيحة اهـ. «منبع».

إلا بالتوى) بالقصر ويمد: هلاك المال لأن براءته مقيدة بسلامة حقه، وقيده في البحر بأن لا يكون المحيل هو المحتال عليه ثانياً (وهو) بأحد أمرين (أن يجحد) المحال عليه (الحوالة ويحلف ولا بينة له) أي: لمحتال ومحيل (أو يموت) المحال عليه (مفلساً) بغير عين ودين ....

ماله بين الغرماء وبين المحال بالحصص وما بقي له يرجع به على المحيل، وإن مات المحيل مديوناً فما قبض المحتال في حياته فهو له، وما لم يقبضه فهو بينه وبين الغرماء اهـ ملخصاً من كافي الحاكم. قوله: (إلا بالتوى) وزان حصى وقد يمد. مصباح. يقال توى المال بالكسر يتوى توى وأتواه غيره بحر عن الصحاح. قوله: (هلاك المال) هذا معناه اللغوي، ومعناه الاصطلاحي ما ذكره المصنف. بحر. قوله: (لأن براءته) أي: براءة المحيل من الدين مقيدة بسلامة حقه: أي: حق المحتال، واختلف المشايخ في كيفية عود الدين فقيل بفسخ الحوالة: أي: يفسخها المحتال كالمشتري إذا وجد المبيع عيباً، وقيل تنفسخ كالمبيع إذا هلك قبل القبض وقيل في الموت تنفسخ وفي الجحود لا تنفسخ، ولم أر أن فسخ المحتال هل يحتاج إلى الترافع عند القاضي؟ وظاهر التشبيه بالمشتري إذا وجد عيباً أنه يحتاج. نعم على أنها تنفسخ لا يحتاج فتدبره. نهر.

قلت: المشتري يستقل بالفسخ بخيار العيب[1] بدون الترافع عند القاضي، وإنما الترافع شرط لرد البائع على بائعه بذلك العيب. قوله: (وقيده في البحر إلخ) وقال لما في الذخيرة: رجل أحال رجلاً له عليه دين على رجل ثم إن المحتال عليه أحاله على الذي عليه الأصل بريء المحتال عليه الأول، فإن توى المال على الذي عليه الأصل لا يعود إلى المحتال عليه الأول اهـ. قوله: (وهو بأحد أمرين إلخ) الضمير راجع للتوى، وهذا في الحوالة المطلقة، أما المقيدة بوديعة فيثبت له الرجوع بهلاكها كما يأتي. قوله: (أي لمحتال ومحيل) فقوله: (له) أي: لكل منهما كما في الفتح. قوله: (مفلساً) بالتخفيف يقال أفلس الرجل: إذا صار ذا فلس بعد أن كان ذا دراهم ودنانير، فاستعمل مكان افتقر اهـ. كفاية ونهر عن طلبة الطلبة للعلامة عمر النسفي. قوله: (بغير عين) الأوضح أن يقول: بأن لم يترك عيناً إلخ: أي: عيناً تفي بالمحال به، وكذا يقال في الدين، ولا بد في الكفيل أن يكون كفيلاً بجميعه فلو كفل البعض فقد توى الباقي كما لا يخفى ط. وكذا لو ترك ما يفي بالبعض فقد توى الباقي، وكذا لو مات مديوناً وقسم ماله بالحصص كما قدمناه آنفاً. قوله: (ودين) المراد به ما يمكن أن يثبت في الذمة بقرينة مقابلته بالعين، فيشمل النقود والمكيل والموزون. وفي الهندية عن المحيط: لو كان القاضي يعلم أن للميت ديناً على مفلس،

---

(1) قال الرافعي: قوله: (المشتري يستقل بالفسخ بخيار العيب إلخ) الذي تقدم في خيار العيب عن «الخانية» يخالف هذا، ونصه: رجل اشترى شيئاً فعلم بعيب قبل القبض، فقال: أبطلت البيع بطل البيع إن كان بمحضر من البائع، وإن لم يقبل البائع، وإن قال ذلك في غيبة البائع لا يبطل البيع، وإن علم بعد القبض، فقال: أبطلت البيع الصحيح أنه لا يبطل البيع إلا بقضاء أو رضا اهـ.

وكفيل وقالا بهما وبأن فلسه الحاكم (ولو اختلفا فيه) أي: في موته مفلساً، وكذا في موته قبل الأداء أو بعده (فالقول للمحتال مع يمينه على العلم) لتمسكه بالأصل وهو العسرة. زيلعي. وقيل القول للمحيل بيمينه. فتح ....

فعلى قول الإمام: لا يقضي ببطلان الحوالة اهـ: أي: لأن الإفلاس ليس بتوى عنده لاحتمال أن يحدث له مال، فيكون المحال عليه قد ترك مالاً حكماً وهو ما على مديونه المفلس. قوله: (وكفيل) فوجود الكفيل يمنع موته مفلساً على ما في الزيادات وفي الخلاصة لا يمنع. بحر. وتبعه في المنح، لكني لم أر في الخلاصة ما عزاه إليها، بل اقتصر فيها على نقل عبارة الزيادات. نعم قال فيها: ولو مات المحتال عليه ولم يترك شيئاً وقد أعطى كفيلاً بالمال ثم أبرأ صاحب المال الكفيل منه له أن يرجع على الأصيل اهـ. وهذه مسألة أخرى وقد جزم في الفتح وغيره بما في الزيادات بلا حكاية خلاف.

تنبيه: في البحر عن البزازية: وإن لم يكن به كفيل، ولكن تبرع رجل ورهن به رهناً ثم مات المحال عليه مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل[1]، ولو كان مسلطاً على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحال عليه مفلساً بطلت الحوالة والثمن لصاحب الرهن اهـ. وفي حكم التبرع بالرهن ما لو استعار المطلوب شيئاً ورهنه عند الطالب ثم مات مفلساً. شرنبلالية عن الخانية. قوله: (وقالا بهما) أي: بالجحد والموت مفلساً. قوله: (وبأن فلسه الحاكم) أي: في حياته، يقال فلسه القاضي: إذا قضى بإفلاسه حين ظهر له حاله كفاية عن الطلبة، وهذا بناء على أن تفليس القاضي يصح عندهما، وعنده لا يصح لأنه يتوهم ارتفاعه بحدوث مال فلا يعود بتفليس القاضي على المحيل. فتح. وتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع؛ ألا ترى أنه لو تعذر بغيبة المحتال عليه لا يرجع على المحيل، بخلاف موته مفلساً لخراب الذمة، فيثبت التوى، وتمامه في الكفاية، وظاهر كلامهم متوناً وشروحاً تصحيح قول الإمام، ونقل تصحيحه العلامة قاسم ولم أر من صحح قولهما. نعم صححوه في صحة الحجر على السفيه صيانة لما له كما سيأتي في بابه. قوله: (ولو اختلفا فيه) بأن قال المحتال: مات المحتال عليه بلا تركة وقال المحيل عن تركة. بزازية. قوله: (وكذا في موته قبل الأداء أو بعده) الأولى «وبعده» بالواو كما في بعض النسخ، لأن الاختلاف فيهما لا في أحدهما. قوله: (على العلم) أي: نفي العلم بأن يحلف أنه لا يعلم يساره ط. وهذا في مسألة المتن. أما في الاختلاف في الموت قبل الأداء أو بعده فإنه يحلف على البتات لكونه على فعل نفسه وهو القبض. أفاده ح. قوله: (وهو العسرة) أي: في المسألة الأولى وعدم الأداء في الثانية. قوله: (وقيل القول للمحيل بيمينه) لإنكاره عود الدين، فتح. ....

(1) قال الرافعي: قوله: (عاد الدين إلى ذمة المحيل) وذلك أن عقد الرهن لم يبق بعد موت المحال عليه مفلساً، إذ لم يبق الدين عليه والرهن بدين ولا دين محال، بخلاف ما إذا ترك كفيلاً بأمره أو بغيره، لأن الكفيل خلف عنه. زيلعي.

(طالب المحتال عليه المحيل بما) أي: بمثل ما **(أحال)** به مدعياً قضاء دينه بأمره **(فقال المحيل)** إنما **(أحلت بدين)** ثابت **(لي عليك)** لم يقبل قوله بل **(ضمن)** المحيل **(مثل الدين)** للمحتال عليه لإنكاره، وقبول الحوالة ليس إقراراً بالدين لصحتها بدونه **(وإن قال المحيل للمحتال: أحلتك)** على فلان بمعنى وكلتك **(لتقبضه لي فقال المحتال)** بل **(أحلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل)** لأنه منكر، ولفظ الحوالة يستعمل في الوكالة ....

قوله: **(طالب المحتال عليه المحيل إلخ)** أي: بعد ما دفع المحال به إلى المحتال ولو حكماً بأن وهبه المحتال من المحال عليه، لأنه قبل الدفع إليه لا يطالبه إلا إذا طولب، ولا يلازمه إلا إذا لوزم، وتمامه في البحر. قوله: **(بأمره)** قيد به، لأنه لو قضاه بغير أمره يكون متبرعاً ولو لم يدّع المحيل ما ذكر ط. قوله: **(مثل الدين)** إنما لم يقل بما أدّاه، لأنه لو كان المحال به دراهم فأدى دنانير أو عكسه صرفاً رجع بالمحال به، وكذا إذا أعطاه عرضاً، وإن أعطاه زيوفاً بدل الجياد رجع بالجياد، وكذا لو صالحه بشيء رجع بالمحال به إلا إذا صالحه عن جنس الدين بأقل فإنه يرجع بقدر المؤدّى، بخلاف المأمور بقضاء الدين فإنه يرجع بما أدى، إلا إذا أدّى أجود أو جنساً آخر. بحر. قوله: **(لإنكاره)** قال في البحر: لأن سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره، إلا أن المحيل يدّعي عليه ديناً وهو ينكر والقول للمنكر اهـ. قوله: **(فقال المحتال)** فيه إيماء إلى أنه حاضر، فلو كان غائباً وأراد المحيل قبض ما على المحال عليه قائلاً إنما وكلته بقبضه: **قال أبو يوسف:** لا أصدّقه ولا أقبل بينته. **وقال محمد:** يقبل قوله كما في الخانية. ولو ادعى المحال أن المحال به ثمن متاع كان المحيل وكيلاً في بيعه وأنكر المحيل ذلك فالقول له أيضاً(1). نهر.
قوله: **(فالقول للمحيل)** فيؤمر المحتال برد ما أخذه إلى المحيل، لأن المحيل ينكر أن عليه شيئاً والقول للمنكر، ولا تكون الحوالة إقراراً من المحيل بالدين للمحتال على المحيل لأنها مستعملة للوكالة أيضاً. ابن كمال. قوله: **(يستعمل في الوكالة)** أي: مجازاً(2)، ومنه قول محمد: إذا امتنع المضارب عن تقاضي الدين لعدم الربح يقال له أحل رب الدين: أي: وكله. نهر. ولكن لما كان فيه نوع مخالفة للظاهر صدّق مع يمينه كما في المنح.

وأفاد في البحر عن السراج: أن المحيل لا يملك إبطال هذه الحوالة، لأنها صحت محتملة أن تكون بمال هو دين عليه وأن تكون توكيلاً فلا يجوز إبطالها بالاحتمال اهـ. ....

(1) قال الرافعي: قوله: **(وأنكر المحيل ذلك فالقول له أيضاً)** لأن المحتال أقر له باليد والتصرف له في ذلك المال، والإنسان يتصرف ظاهراً لنفسه، فلا تسمع دعواه أن ذلك له بلا بينة، زيلعي.

(2) قال الرافعي: قوله: **(أي: مجازاً)** أي: متعارفاً فيمكن أن يخرجه عن الحقيقة، ولو لم يخرجه كان محتملاً، فلا يدل على الإقرار، فاندفع ما قيل: إنه لا يعارض الحقيقة، فاحتماله لا يخرجه عن إرادة الحقيقة اهـ. «منبع».

(أحاله بما له عند زيد) حال كونه (وديعة)[1] بأن أودع رجلاً ألفاً ثم أحال بها غريمه (صحت فإن هلكت) الوديعة (بريء) المودع وعاد الدين على المحيل، لأن الحوالة مقيدة بها بخلاف المقيدة بالمغصوب فإنه لا يبرأ، لأن مثله يخلفه، وتصح أيضاً بدين خاص فصارت الحوالة المقيدة ثلاثة أقسام، وحكمها أن لا يملك المحيل مطالبة

قوله: (بماله) الأظهر أن «ما» موصولة أو موصوفة واللام جارّة، ويحتمل أنها كلمة واحدة مجرورة بكسرة اللام. قوله: (وديعة) المراد بها الأمانة كما عبر به في الفتح وغيره. قال ط. فيعمّ العارية والموهوب إذا تراضيا على رده أو قضى القاضي به والعين المستأجرة إذا انقضت مدة الإجارة. قوله: (صحت) لأنه أقدر على القضاء لتيسر ما يقضي به وحضوره بخلاف الدين، فتح. قوله: (فإن هلكت الوديعة) قيد بهلاك الوديعة لأن الحوالة لو كانت مقيدة بدين ثم ارتفع ذلك الدين لم تبطل على تفصيل فيه. بحر. ويأتي بعضه. قوله: (بريء المودع) ويثبت الهلاك بقوله. نهر. واستحقاق الوديعة مبطل للحوالة كهلاكها كما في الخانية، ولو لم يعط المحال عليه الوديعة وإنما قضى من ماله كان متطوّعاً قياساً لا استحساناً، كذا في المحيط. وفي التاترخانية: لو وهب المحتال الوديعة من المحال عليه صح التمليك، لأنه لما كان له حق أن يتملكها كان له حق أن يملكها. بحر. قوله: (وعاد الدين على المحيل) لأنه توى حقه، وأما ما سبق من أن التوى بوجهين عنده وثلاثة أوجه عندهما، ففي الحوالة المطلقة فلا يرد شيء بهذا الوجه الرابع. يعقوبية. قوله: (لأن مثله يخلفه) أراد بالمثل البدل ليشمل القيميّ.

قال في الفتح: فإذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه، لأن الواجب على الغاصب ردّ العين، فإن عجز رد المثل أو القيمة، فإذا هلك في يد لغاصب المحال عليه لا يبرأ، لأن له خلفاً والفوات إلى خلف كلا فوات، فبقيت متعلقة بخلفه فيردّ خلفه على المحتال اهـ. فلو استحق المغصوب بطلت لعدم ما يخلفه كما في الدرر. قوله: (وتصح أيضاً بدين خاص) بأن يحيله بدينه الذي له على فلان المحال عليه. فتح. وفي الخلاصة عن التجريد: لو كان للمحيل على المحتال عليه دين فأحال به مطلقاً ولم يشترط في الحوالة أن يعطيه مما عليه فالحوالة جائزة ودين المحيل بحاله وله أن يطالبه به اهـ. ومثله في البزازية ومقتضاه أنها لا تكون مقيدة ما لم ينص على الدين. قوله: (ثلاثة أقسام) أي: مقيدة بعين أمانة أو مغصوبة أو بدين خاص. قوله: (وحكمها إلخ) أي: حكم المقيدة في هذه الأقسام الثلاثة أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين ولا بذلك الدين، لأن الحوالة لما قيدت بها تعلق حق الطالب به، وهو استيفاء دينه منه على مثال الرهن، وأخذ المحيل يبطل هذا الحق فلا يجوز، فلو دفع المحال

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (أحاله بما له عند زيد وديعة إلخ) هذه من مسائل «الجامع الصغير» صورتها رجل أودع رجلاً ألف درهم ولرجل على المودع ألف درهم، فأحال المودع الذي له الألف على المستودع بالألف الذي عنده اهـ. «بناية».

المحتال عليه ولا المحتال عليه دفعها للمحيل، مع أن المحتال أسوة لغرماء المحيل بعد موته، بخلاف الحوالة المطلقة كما بسطه خسرو وغيره.

عليه العين أو الدين إلى المحيل ضمنه للطالب، لأنه استهلك ما تعلق به حق المحتال، كما إذا استهلك الرهن أحد يضمنه للمرتهن لأنه يستحقه. فتح. قوله: (مع أن المحتال إلخ) يعني أن هذه الأموال إذا تعلق بها حق المحتال كان ينبغي أن لا يكون المحتال أسوة لغرماء المحيل بعد موته كما في الرهن مع أنه أسوة لهم، لأن العين، التي بيد المحتال عليه للمحيل والدين الذي له عليه لم يصر مملوكاً للمحال بعقد الحوالة لا يداً وهو ظاهر ولا رقبة، لأن الحوالة ما وضعت للتملك بل للنقل فيكون بين الغرماء، وأما المرتهن فملك المرهون يداً وحبساً، فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعاً لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه اهـ درر.

قال في البحر: وإذا قسم الدين بين غرماء المحيل لا يرجع المحتال على المحال عليه بحصة الغرماء لاستحقاق الدين الذي كان عليه، ولو مات المحيل وله ورثة لا غرماء استظهر في البحر، وأقره من بعده أن الدين المحال به قبل قبض المحتال يقسم بين الورثة بمعنى أن لهم المطالبة به دون المحتال فيضم إلى تركته اهـ. وحينئذ فيتبع المحتال التركة ط.

تنبيه: ما ذكر من القسمة وكون المحتال أسوة الغرماء في الحوالة المقيدة يعلم منه بالأولى أن الحوالة المطلقة كذلك[1]، لما صرح به في الخلاصة والبزازية، وصرح في الحاوي ببطلان الحوالة بموت المحال عليه[2]، وقدمنا عن الكافي أن ما بقي للمحتال بعد القسمة يرجع به على المحيل، وأنه لو مات المحيل مديوناً فما قبضه المحتال فهو له وما بقي يقسم بينه وبين الغرماء. قوله: (بخلاف الحوالة المطلقة) أي: فيملك المحيل المطالبة. قال في الفتح: هذا متصل بقوله: لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه بالعين المحال به والدين، والمطلقة هي أن يقول المحيل للطالب: أحلتك بالألف التي لك على هذا الرجل ولم يقل ليؤديها من المال الذي عليه، فلو له عنده وديعة أو مغصوبة أو دين كان له أن يطالبه به لأنه لا تعلق للمحتال بذلك الدين أو العين

---

(1) قال الرافعي: قوله: (يعلم منه بالأولى أن الحوالة المطلقة كذلك إلخ) فيما قاله تأمل، وذلك أن الحوالة المطلقة أوجبت براءة ذمة المحيل من الدين وترتبه في ذمة المحال عليه، ولا يعود شيء منه على المحيل إلا بالتوي حتى لو مات لا يأخذ المحتال الدين من تركته، وإن كان له أخذ كفيل كما قدمه عن شراح «المجمع»، و«عبارة البزازية» مات المحيل بعد الحوالة قبل استيفاء المحتال المال من المحتال عليه وعلى المحيل ديون كثيرة، فالمحتال مع سائر الغرماء سواء، ولا يترجح المحتال بالحوالة، ولو قيده بدينه الذي على المحتال عليه لو مات قبل الاستيفاء يتساوى المحتال مع سائر الغرماء اهـ، وهكذا عبارة «الخلاصة» عن «الزيادات»، والظاهر حمل ما ذكر فيهما أوّلاً على الحوالة المقيدة بالعين لا المطلقة، وإلا تنافى كلامهم.

(2) قال الرافعي: قوله: (وصرّح في «الحاوي» ببطلان الحوالة بموت المحال عليه) أي: في المقيدة، وفي المطلقة يؤخذ الدين من تركته، وما في «الكافي» إنما هو في المقيدة أيضاً كما هو ظاهر.

(باع بشرط أن يحيل على المشتري بالثمن غريماً له) أي: للبائع (بطل ولو باع بشرط أن يحتال بالثمن صح) لأنه شرط ملائم كشرط الجودة بخلاف الأول. (أدى المال في الحوالة الفاسدة فهو بالخيار: إن شاء رجع على) المحتال (القابض، وإن

لوقوعها مطلقة عنه، بل بذمة المحتال عليه، وفي الذمة سعة فيأخذ دينه أو عينه من المحتال عليه لا تبطل الحوالة، ومن المطلقة أن يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شيء. وقال في الجوهرة: والفرق بين المطلقة والمقيدة أنه في المقيدة انقطعت مطالبة المحيل من المحال عليه، فإن بطل الدين في المقيدة وتبين براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت به الحوالة بطلت، مثل أن يحيل البائع رجلاً على المشتري بالثمن، ثم استحق المبيع أو ظهر حراً، فتبطل وللمحال الرجوع على المحيل بدينه، وكذا لو قيد بوديعة، فهلكت عند المودع، وأما إذا سقط الدين الذي قيدت به الحوالة بأمر عارض ولم تتبين براءة الأصيل منه فلا تبطل، مثل أن يحتال بألف من ثمن مبيع فهلك المبيع عنده قبل تسليمه للمشتري سقط الثمن عن المشتري ولا تبطل الحوالة، ولكنه إذا أدى رجع على المحيل بما أدى لأنه قضى دينه بأمره، وأما إذا كانت مطلقة فإنها لا تبطل بحال من الأحوال، ولا تنقطع فيها مطالبة المحيل عن المحال عليه إلى أن يؤدي، فإذا أدى سقط ما عليه قصاصاً، ولو تبين براءة المحال عليه من دين المحيل لا تبطل أيضاً، ولو أن المحال أبرأ المحال عليه من الدين صح، وإن لم يقبل المحال عليه، ولا يرجع المحال عليه على المحيل بشيء، لأن البراءة إسقاط لا تمليك، وإن وهبه له احتاج إلى القبول، وله أن يرجع على المحيل لأنه ملك ما في ذمته بالهبة فصار كما لو ملكه بالأداء، وكذا لو مات المحال فورثه المحال عليه له أن يرجع على المحيل لأنه ملكه بالإرث، وتمام الكلام فيها. قال في البحر: وقد وقعت حادثة الفتوى في المديون إذا باع شيئاً من دائنه بمثل الدين، ثم أحال عليه بنظير الثمن أو بالثمن فهل يصح أم لا؟ فأجبت: إذا وقع بنظيره صحت لأنها لم تقيد بالثمن، ولا يشترط لصحتها دين على المحال عليه، وإن وقعت بالثمن فهي مقيدة بالدين، وهو مستحق للمحال عليه لوقوع المقاصة بنفس الشراء وقدمنا أن الدين إذا استحق للغير فإنها تبطل، والله سبحانه وتعالى أعلم اهـ: أي: لأن الدين لم يسقط بأمر عارض بعد الحوالة بل تبين براءة المحال عليه منه بأمر سابق. قوله: (بطل) أي: البيع: أي: فسد لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للبائع. درر: أي: وبطلت الحوالة التي في ضمنه ط. قلت: ووجه النفع أن فيه دفع مطالبة غريمه له وتسليطه على المشتري. قوله: (لأنه شرط ملائم) لأنه يؤكد موجب العقد، إذ الحوالة في العادة تكون على الأملا والأحسن قضاء فصار كشرط الجودة. درر.

قلت: وحاصله: أن في هذا الشرط تعجيل اقتضائه الثمن في زعم البائع. قوله: (بخلاف الأول) لأن المطلوب بالثمن قبل الحوالة وبعدها واحد وهو المشتري. قوله: (في الحوالة الفاسدة) كالصور الآتية. قوله: (فهو) أي: المؤدي وهو المحال عليه. ....

شاء رجع على المحيل) وكذا في كل موضع ورد الاستحقاق. بزازية. وفيها: ومن صور فساد الحوالة ما لو شرط فيها الإعطاء من ثمن دار المحيل مثلاً لعجزه عن الوفاء بالملتزم. نعم لو أجاز جاز كما لو قبلها المحتال عليه بشرط الإعطاء من ثمن داره، ولكن لا يجبر على البيع، ولو باع يجبر على الأداء (ولا يصح تأجيل عقدها) فلو قال: ضمنت بما لك على فلان على أن أحيلك به على فلان إلى شهر ....

قوله: (وكذا في كل موضع ورد الاستحقاق) أي: استحقاق المبيع الذي أحيل بثمنه. قال في الخلاصة والبزازية: وعلى هذا إذا باع الآجر المستأجر وأحال المستأجر على المشتري ثم استحق المبيع من يد المشتري وهو قد أدى الثمن إلى المستأجر: إن شاء رجع بالثمن على المؤجر المحيل، وإن شاء رجع على المستأجر القابض اهـ. قوله: (ما لو شرط فيها الإعطاء إلخ) صادق بما إذا وقع الشرط بين المحيل والمحال عليه أو بين الثلاثة عليه، فافهم، وهي من قسم الحوالة المقيدة. قوله: (مثلاً) أدخل به الأجنبي للعلة المذكورة ط. قوله: (لعجزه عن الوفاء) علة للفساد لأنه شرط غير ملائم. قوله: (نعم لو جاز) أي: المحيل بيع داره بأن أمره بالبيع فحينئذ يصح لوجود القدرة على البيع والأداء كما في الدرر، وقد ذكر في البزازية المسألة بدون هذا الاستدراك ثم قال بعد نحو صفحة ما نصه: وفي الظهيرية احتال على أن يؤديه من ثمن دار المحيل، وقد كان أمره بذلك حتى جازت الحوالة لا يجبر المحتال عليه على الأداء قبل البيع، ويجبر على البيع إن كان البيع مشروطاً في الحوالة[1] كما في الرهن، وإنما أعدنا المسألة لأنه توفيق بين الروايات المختلفة اهـ. ومفاده: أنه يجبر في بعض الروايات وفي بعضها لا يجبر، والتوفيق أنه إن قبل المحال عليه الحوالة من المحيل بشرط بيع دار المحيل ليؤدي المال من ثمنها صحت الحوالة والشرط، كما لو شرط المرتهن بيع الرهن إذا لم يؤد الراهن المال فإنه يصح ولا يملك الرجوع عن ذلك. قوله: (كما لو قبلها إلخ) وجه الجواز أن المحال عليه قادر على الوفاء بما التزم. قوله: (ولكن لا يجبر على البيع) لعدم وجوب الأداء قبل البيع. درر.

وعبارة البزازية: ولا يجبر على بيع داره[2]، كما إذا كان قبولها بشرط الإعطاء عند الحصاد لا يجبر على الإعطاء قبل الأجل اهـ. قوله: (ولو باع يجبر على الأداء) لتحقق الوجوب. درر. قوله: (على أن أحيلك به على فلان) فإن أحاله وقبل جاز، وإن لم يقبل[3] برىء الكفيل عن

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ويجبر على البيع إن كان البيع مشروطاً في الحوالة إلخ) نحوه في «الهندية».

(2) قال الرافعي: قوله: (ولا يجبر على بيع داره إلخ) مقتضى صحة اشتراط بيع المحيل في العقد وجبره على البيع ليؤدي من الثمن أنه لو اشترط في العقد بيع دار المحال عليه أن يجبر على البيع وأداء الدين من الثمن بل هذا أولى من اشتراط بيع دار المحيل تأمل.

(3) قال الرافعي: قوله: (وإن لم يقبل) أي: المكفول له.

انصرف التأجيل إلى الدين لأنه لا يصح تأجيل عقد الحوالة. بحر عن المحيط (وكرهت السفتجة) ....

الضمان، وإن لم يقبل فلان فالكفيل على ضمانه[1]، وإن مات فلان لم يطالب بالمال حتى يمضي شهر. هذا حاصل ما في البحر عن المحيط، ووجه قوله: «لم يطالب إلخ» أنه بموت فلان لم تبق الحوالة ممكنة، وقد رضي الطالب بتأخير المطالبة إلى شهر فبقي الأجل للكفيل فلا يطالب قبله، وكذا يقال فيما إذا لم يقبل فلان، هذا ما ظهر لي.

مَطْلَبٌ : فِي تَأْجِيلِ الحِوَالَةِ

قوله: (انصرف التأجيل إلى الدين إلخ) أي: فلا يطالب فلان إلا بعد الشهر، ولو انصرف التأجيل إلى العقد يصير المعنى على أن أحيلك حوالة مقيدة بشهر، وذلك لا يصح[2]، لأنه ينافي انتقال الدين إلى ذمة المحال عليه. تأمل.

تنبيه: قال في الفتح: تنقسم الحوالة المطلقة إلى حالة ومؤجلة: فالحالة أن يحيل الطالب بألف هي على المحيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة، لأن الحوالة لتحويل الدين، فيتحول بصفته التي على الأصيل. والمؤجلة أن تكون الألف إلى سنة فأحال بها إلى سنة، ولو أبهمها لم يذكره محمد، وقالوا: ينبغي أن تثبت مؤجلة كما في الكفالة، فلو مات المحيل بقي الأجل لا لو مات المحال عليه لاستغنائه عن الأجل بموته، فإن لم يترك وفاء رجع الطالب على المحيل إلى أجله لأن الأجل سقط حكماً للحوالة، وقد انتقضت بالتوى فينتقض ما في ضمنها، كما لو باع المديون بدين مؤجل عبداً من الطالب ثم استحق العبد عاد الأجل اهـ. ملخصاً. وقدمنا قريباً عن البزازية: لو قبلها إلى الحصاد لا يجبر على الإعطاء قبله، فأفاد صحة التأجيل مع الجهالة القريبة، وقدمنا التصريح به في كتاب الكفالة، وشمل التأجيل القرض فيصح هنا. ففي كافي الحاكم ما حاصله: لو كان لزيد على عمرو ألف قرض ولعمرو على بكر ألف قرض فأحال عمرو زيداً بالألف على بكر إلى سنة جاز، وليس لعمرو أن يأخذ بكراً بها وإن أبرأه منها أو وهبها له لم يجز اهـ.

مَطْلَبٌ : فِي السُّفْتَجَةِ وَهِيَ الْبُولِيصَةُ

قوله: (وكرهت السفتجة) واحدة السفاتج، فارسي معرب، أصله سفته: وهو الشيء

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وإن لم يقبل فلان فالكفيل على ضمانه إلخ) وجه عدم بطلان الكفالة بموت فلان أو عدم قبوله الحوالة أن الشرط قبول الشرط من الطالب لا تحققه خارجاً، كما إذا طلقها على مال يشترط قبولها له لا تحققه خارجاً تأمل.

(2) قال الرافعي: قوله: (يصير المعنى على أن أحيلك حوالة مقيدة بشهر وذلك لا يصح إلخ) فيه أنه ليس الكلام في تقييد الحوالة بمدة بل في تأجيلها، فالأنسب أن يقول: حوالة بعد شهر.

بضم السين وتفتح وفتح التاء، وهي إقراض لسقوط خطر الطريق، فكأنه أحال الخطر المتوقع على المستقرض فكان في معنى الحوالة، وقالوا: إذا لم تكن المنفعة مشروطة ولا متعارفة فلا بأس.

فرع: في النهر والبحر عن صرف البزازية: ولو أن المستقرض وهب منه الزائد لم يجز، لأنه مشاع يحتمل القسمة (ولو توكل المحيل عن المحتال بقبض دين الحوالة ....

المحكم، سمي هذا القرض به لإحكام أمره كما في الفتح وغيره. قوله: (بضم السين) أي: وسكون الفاء كما في ط عن الواني. قوله: (وهي إقراض إلخ) وصورتها: أن يدفع إلى تاجر مالاً قرضاً ليدفعه إلى صديقه، وإنما يدفعه قرضاً لا أمانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق. وقيل هي أن يقرض إنساناً ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض ليستفيد به سقوط خطر الطريق كفاية. قوله: (فكأنه أحال إلخ) بيان لمناسبة المسألة بكتاب الحوالة اهـ. ح وفي نظم الكنز لابن الفصيح.

وَكُرِهَتْ سَفَاتِجُ الطَّرِيقِ ... وَهِيَ إِحَالَةٌ عَلَى التَّحْقِيقِ

قال شارحه المقدسي: لأنه يحيل صديقه عليه أو من يكتب إليه. قوله: (وقالوا إلخ) قال في النهر: وإطلاق المصنف يفيد إناطة الكراهة بجرّ النفع، سواء كان ذلك مشروطاً أو لا. قال الزيلعي: وقيل إذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به اهـ. وجزم بهذا القيل في الصغرى والواقعات الحسامية والكفاية للبيهقي، وعلى ذلك جرى في صرف البزازية اهـ. وظاهر الفتح اعتماده أيضاً، حيث قال: وفي الفتاوى الصغرى وغيرها: إن كان السفتج مشروطاً في القرض فهو حرام، والقرض بهذا الشرط فاسد وإلا جاز.

وصورة الشرط كما في الواقعات: رجل أقرض رجلاً مالاً على أن يكتب له بها إلى بلد كذا فإنه لا يجوز، وإن أقرضه بلا شرط وكتب جاز. وكذا لو قال: اكتب لي سفتجة إلى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خير فيه. وروي عن ابن عباس ذلك؛ ألا ترى أنه لو قضاه أحسن مما عليه لا يكره إذا لم يكن مشروطاً، قالوا: إنما يحل ذلك عند عدم الشرط إذا لم يكن فيه عرف ظاهر، فإن كان يعرف أن ذلك يفعل كذلك فلا اهـ. قوله: (فرع إلخ) ذكره استطراداً. نعم ذكر في البحر والنهر عن البزازية ما له مناسبة هنا.

وحاصله: أن المستقرض لو قضى أجود مما استقرض يحلّ بلا شرط، ولو قضى أزيد فيه تفصيل إلخ، وقدمنا في فصل القرض عن الخانية أن الزيادة إذا كانت تجري بين الوزنين، أي: بأن كانت تظهر في ميزان دون ميزان جاز كالدانق في المائة، بخلاف قدر درهم، وإن لم تجر فإن لم يعلم صاحبها بها ترد عليه، وإن علم وأعطاها اختياراً، فلو كانت الدراهم لا يضرها التبعيض لا تجوز، لأنها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، ولو يضرها جاز وتكون هبة المشاع فيما يقسم اهـ.

لم يصح) ولو شرط المحتال الضمان على المحيل صح ويطالب أياً شاء، لأن الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة. خانية. وفيها عن الثاني: لو غاب المحال عليه ثم جاء المحال وادعى جحوده المال لم يصدق وإن برهن، لأن المشهود عليه غائب، فلو حاضراً وجحد الحوالة ولا بينة كان القول له وجعل جحوده فسخاً.

فرع: الأب أو الوصيّ إذا احتال بمال اليتيم: فإن كان خيراً لليتيم بأن كان الثاني أملأ صح. سراجية. وإلا لم يجز كما في مضاربة الجوهرة.

قلت: ومفادهما عدم الجواز لو تساويا أو تقاربا، وبه جزم في الخانية، والوجه له لأنه حينئذ اشتغال بما لا تفيد، والعقود إنما شرعت للفائدة.

وعليه فلو قضاه مثل قرضه ثم زاده درهماً مفروزاً أو أكثر جاز إن لم يكن مشروطاً، وقدمنا هناك عن خواهر زاده أن المنفعة في القرض إذا كانت غير مشروطة تجوز بلا خلاف. **قوله: (لم يصح)** لكون المحيل يعمل لنفسه ليستفيد الإبراء المؤبد. بحر عند قوله: هي نقل الدين ط. وإذا لم تصح لا يجبر المحال عليه على الدفع إليه. **قوله: (لأن الحوالة إلخ)** كما أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة كما في الهداية والملتقى. **قوله: (ولا بينة)** أي: وحلف الجاحد ط. **قوله: (وجعل جحوده فسخاً)** هي مسألة تواء الدين السابقة في المتن، ومر أن الرجوع إنما هو لأن براءة المحيل مشروطة بسلامة حق المحال ط. **قوله: (وإلا لم يجز)** لأن تصرفهما مقيد بشرط النظر. **قال في كافي الحاكم**: ومنه ما لو احتال إلى أجل، وكذا الوكيل إذا لم يفوض إليه الموكل ذلك اهـ. **قال في البحر عن المحيط**: لكونه إبراء مؤقتاً فيعتبر بالإبراء المؤبد، وهذا إذا كان ديناً ورثه الصغير وإن وجب بعقدهما جاز التأجيل عندهما، خلافاً لأبي يوسف اهـ. **قوله: (قلت ومفادهما)** أي: مفاد ما في السراجية وما في الجوهرة، وهذا أحد قولين حكاهما المصنف عن الذخيرة ثم رجح ما في الخانية بما ذكره الشارح، والله تعالى أعلم.

٢٢ ـ كِتَابُ الْقَضَاءِ

لما كان أكثر المنازعات تقع في الديون والبياعات أعقبها بما يقطعها (هو) بالمد والقصر: لغة: الحكم. ....

كِتَابُ القَضَاءِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ترجم له في الهداية بأدب القاضي، والأدب: الخصال الحميدة، فذكر ما ينبغي للقاضي أن يفعله ويكون عليه، وهو في الأصل من الأدب بسكون الدال وهو الجمع والدعاء، وهو أن تجمع الناس وتدعوهم إلى طعامك، يقال أدب يأدب كضرب يضرب: إذا دعا إلى طعامه، سميت به الخصال الحميدة لأنها تدعو إلى الخير، وتمامه في الفتح. قوله: (لما كان إلخ) كذا في العناية والفتح، وهو صريح في أن المراد بالقضاء الحكم، وحينئذ فكان ينبغي إيراده عقب الدعوى، وأيضاً كان ينبغي بيان وجه التأخير عما قبله، كذا قيل. ويمكن أن يقال: أرادوا بيان من يصلح للقضاء: أي: الحكم لتصح الدعوى عنده، فلا جرم أن ذكر قبلها، ولا خفاء أن وجه التأخير عما قبله مستفاد من أن أكثر المنازعات في الديون والحوالة المطلقة[1] مختصة بها فذكر بعدها. نهر. قوله: (لغة الحكم) وأصله قضاي لأنه من قضيت، إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت، والجمع الأقضية: ﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾[١] أي: حكم، وقد يكون بمعنى الفراغ تقول: قضيت حاجتي، وضربه فقضى عليه: أي: قتله، وقضى نحبه: مات[2]، وبمعنى الأداء والإنهاء، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ﴾[٢] وبمعنى الصنع والتقدير، ومنه قوله

---

(1) قال الرافعي: قوله: (والحوالة المطلقة إلخ) أي: ما ينصرف لها اللفظ عند الإطلاق الأعم من المطلقة والمقيدة، والقصد الاحتراز عن الحوالة بمعنى الوكالة، فإنها غير مختصة بالديون بخلاف المقيدة فإنها مختصة بها كالمطلقة.

(2) قال الرافعي: قوله: (فقضى عليه أي: قتله وقضى نحبه مات) كأنه فرغ منه «بحر».

---

(١) سورة: الإسراء (١٧)، الآية: ٢٣.
(٢) سورة: الحجر (١٥)، الآية: ٦٦.

وشرعاً. (فصل الخصومات وقطع المنازعات) وقيل غير ذلك كما بسطه في المطوّلات، وأركانه ستة على ما نظمه ابن الغرس بقوله:

تعالى: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ﴾[١] ومنه القضاء والقدر. بحر ملخصاً عن الصحاح. قوله: (وشرعاً فصل الخصومات إلخ) عزاه في البحر إلى المحيط، ولا بد أن يزاد فيه على وجه خاص، وإلا دخل فيه نحو الصلح بين الخصمين. قوله: (وقيل غير ذلك) منه قول العلامة قاسم: إنه إنشاء إلزام في مسائل الاجتهاد المتقاربة[1] فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا، فخرج القضاء على خلاف الإجماع وما ليس بحادثه وما كان من العبادات ومنه قول العلامة ابن الغرس إنه الإلزام في الظاهر على صيغة[2] مختصة بأمر ظن لزومه في الواقع شرعاً. قال: فالمراد بالإلزام التقرير التام، وفي الظاهر فصل احترز به عن الإلزام في نفس الأمر، لأنه راجع إلى خطاب الله تعالى وعلى صيغة مختصة[3]: أي: الشرعية كألزمت وقضيت وحكمت وأنفذت عليك القضاء وبأمر ظنّ لزومه إلخ فصل عن الجور والتشهي، ومعنى في الظاهر: أي: الصورة الظاهرة، إشارة إلى أن القضاء مظهر في التحقيق للأمر الشرعي، لا مثبت خلافاً لما يتوهم من أنه مثبت، أخذاً من قول الإمام بنفوذه ظاهراً وباطناً في العقود والفسوخ بشهادة الزور، لأن الأمر الشرعي في مثله ثابت تقديراً والقضاء يقرره في الظاهر، ولم يثبت أمراً لم يكن لأن الشرع قد يعتبر المعدوم موجوداً والموجود معدوماً، كوجود الدخول حكماً في إلحاق نسب ولد المشرقية بالمغربي، فأجري الممكن مجرى الواقع لئلا يهلك الولد بانتفاء نسبه مع وجود العقد المفضي إلى ثبوته اهـ ملخصاً. وتمامه في رسالته. قوله: (وأركانه ستة إلخ) فيه نظر، لأن المراد بالقضاء الحكم كما مر[4]، والحكم أحد الستة المذكورة فيلزم أن يكون ركناً لنفسه، فالمناسب ما في البحر من أن ركنه ما يدل عليه من قول أو فعل ويأتي بيانه. قوله: (على ما نظمه) أي: من بحر الكامل، ونصف البيت الثاني الحاء من محكوم طـ. قوله: (ابن الغرس) بالغين المعجمة هو العلامة أبو اليسر بدر الدين

---

(1) قال الرافعي: قوله: (إنشاء إلزام في مسائل الاجتهاد المتقاربة) عبارة «البحر» وغيره المتقارب.

(2) قال الرافعي: قوله: (أنه الإلزام في الظاهر على صيغة إلخ) عبارة غيره: على صفة إلخ بدون ياء، وقوله: التقرير التام أي: سواء كان إلجاء إلى فعل أو ترك أو إظهار ثبوت كما في الحموي وغيره.

(3) قال الرافعي: قوله: (وعلى صيغة مختصة إلخ) عبارة النهر: وقوله على صفة فصل عن مطلق الإلزام، إذ المعتبر هنا الإلزام بالصيغة الشرعية إلخ.

(4) قال الرافعي: قوله: (فيه نظر لأن المراد بالقضاء الحكم كما مر إلخ) القضاء المعرف الذي قيل له حكم فيما مر ما توفر فيه الأركان الست، والحكم المعدود أنه ركن بمعنى اللفظ، فلم يلزم في كلام الشارح أن يكون الشيء ركناً لنفسه. تأمل.

---

(١) سورة: فصلت (٤١)، الآية: ١٢.

أَطْرَافُ كُلِّ قَضِيَّةٍ حُكْمِيَّةٍ سِتٌّ يَلُوحُ بَعَدِّهَا التَّحْقِيقُ

حُكْم ....

محمد الشهير بابن الغرس، له شرح على البيتين المذكورين وهو الرسالة المشهورة المسماة [الفواكه البدرية في البحث عن أطراف القضايا الحكمية] وله الشرح المشهور على شرح العقائد النسفية للتفتازاني. قوله: (أطراف كل قضية حكمية) الأطراف جمع طرف بالتحريك، وطرف الشيء منتهاه، وقضية أصله قضوية[1] بياء النسبة إلى القضاء، حذفت منه الواو بعد قلبها ألفاً، وحكمية صفة مخصصة لأن القضاء يطلق على معان منها الحكم كما مر، والمراد بالقضية الحادثة التي يقع فيها التخاصم كدعوى بيع مثلاً فركنها اللفظ الدال عليها، ولا تكون قضة: أي: منسوبة إلى القضاء، والحكم: أي: لا تكون محلاً لثبوت حق المدعي فيها وعدمه إلا باستجماع هذه الشروط الستة التي هي بمنزلة أطراف الشيء المحيطة به أو أطراف الإنسان، هذا ما ظهر لي فافهم. قوله: (بعدّها) بتشديد الدال مصدر عدّ الشيء يعده: أحصى عدة أفراده، ويلوح بمعنى يظهر، والتحقيق فاعله. قوله: (حكم) تقدم تعريفه، وعلمت أنه قوليّ وفعليّ فالقوليّ مثل ألزمت، وقضيت مثلاً، وكذا قوله: بعد إقامة البينة لمعتمده أقمه واطلب الذهب منه، وقوله: ثبت عندي يكفي، وكذا ظهر عندي أو علمت فهذا كله حكم في المختار. زاد في الخزانة: أو أشهد عليه[2]. وحكى في التتمة الخلاف في الثبوت، والفتوى على أنه حكم كما في الخانية وغيرها، وتمامه في البحر. وذكر في الفواكه البدرية أنه المذهب، ولكن عرف المتشرعين والموثقين الآن على أنه ليس بحكم، ولذا يقال: ولما ثبت عنده حكم، والوجه أن يقال: إن وقع الثبوت على مقدمات الحكم[3]، كقول المسجل ثبت عنده جريان العين في ملك البائع إلى حين البيع، فليس بحكم إذا كان المقصود من الدعوى الحكم على البائع بملك المشتري للعين المبيعة، وإلا فهو حكم وتمامه فيها، وفيها أيضاً.

(1) قال الرافعي: قوله: (وقضية أصله قضوية إلخ) مقتضى كون هذه المادة يائية أن أصل قضية على جعل الياء للنسبة قضايية، فحذفت الياء الأولى لاجتماع ثلاثة أمثال لأن الحرف المشدد بحرفين، ثم حذفت الألف لالتقاء الساكنين، ثم كسر ما قبلها لمناسبة الياء، والمذكور في حاشية الصبان من القضايا أنها فعيلة بمعنى فاعلة أو مفعولة على الإسناد المجازي في الأول، ولك اعتبار ذلك هنا فإن الحادثة لا بد من وقوع قضاء فيها، فتكون مقضياً فيها أو قاضية على الإسناد المجازي تأمل.

(2) قال الرافعي: قوله: (زاد في «الخزانة» أو أشهد عليه) الذي في شرح «الملتقى» ما نصه: ذكر الحلواني قول القاضي ثبت عندي حكم، وفي الصغرى أنه حكم إذا أشهد عليه، وكذا صح عندي أو ظهر عندي أو علمت، واختار الأوزجندي أنه لا بد من قوله حكمت أو ما يجري مجراه، ولا يكون قوله ثبت عندي حكماً اهـ، فلعل ما في المحشي تحريف.

(3) قال الرافعي: قوله: (والوجه أن يقال: إن وقع الثبوت على مقدمات الحكم إلخ) ومن ذلك ما ذكره =

ومحكوم به وله ....

مَطْلَبٌ : في التَّنْفِيذِ

وأما التنفيذ فالأصل فيه أن يكون حكماً إذ من صيغ القضاء قوله: أنفذت عليك القضاء. قالوا: وإذا رفع إليه قضاء قاض أمضاه بشروطه، وهذا هو التنفيذ الشرعي، ومعنى رفع إليه حصلت عنده فيه خصومة شرعية، وأما التنفيذ المتعارف في زماننا غالباً فمعناه: إحاطة القاضي الثاني علماً بحكم الأول على وجه التسليم له ويسمى اتصالاً اهـ ملخصاً. وسيأتي تمام الكلام عليه في آخر فصل الحبس.

مَطْلَبٌ : أَمْرُ القَاضِي هَلْ هُوَ حُكْمٌ أَوْ لاَ؟

وأما أمر القاضي فاتفقوا على أن أمره بحبس المدعى عليه قضاء بالحق كأمره بالأخذ منه، وعلى أن أمره بصرف كذا من وقف الفقراء إلى فقير من قرابة الواقف ليس بحكم، حتى لو صرفه إلى فقير آخر صح. واختلفوا في قوله: سلم الدار، وتمام الكلام عليه في البحر والنهر، وأطلق الشارح في الفروع آخر الفصل الآتي تبعاً للبزازي أنه حكم إلا في مسألة الوقف، وسيأتي تمامه.

مَطْلَبٌ : الْحُكْمُ الْفِعْلِيُّ

وأما الحكم الفعلي فسيأتي في الفروع هناك أن فعل القاضي حكم إلا في مسألتين، وحقق ابن الغرس أنه ليس بحكم، وأطال الكلام عليه في البحر والنهر، وسيأتي توضيحه هناك إن شاء الله تعالى. قوله: (ومحكوم به) وهو أربعة أقسام: حق الله تعالى المحض كحد الزنى أو الخمر، وحق العبد المحض، وهو ظاهر، وما فيه الحقان وغلب فيه حق الله تعالى كحد القذف أو السرقة أو غلب فيه حق العبد كالقصاص والتعزير، ابن الغرس: وشرطه كونه معلوماً. بحر عن البدائع، وعن هذا فالحكم بالموجب بفتح الجيم لا يكفي ما لم يكن الموجب أمراً واحداً، كالحكم بموجب البيع أو الطلاق أو العتاق وهو ثبوت الملك والحرية وزوال العصمة، فلو أكثر فإن استلزم أحدهما الآخر صح، كالحكم على الكفيل بالدين[1] فإن موجبه الحكم عليه به، وعلى الأصيل الغائب وإلا فلا، كما لو وقع التنازع في بيع العقار فحكم شافعي بموجبه فإنه لا يثبت به منع الجار عن الشفعة فللحنفي الحكم بها، وأطال في بيانه العلامة ابن الغرس، وسيذكره الشارح آخر الفصل الآتي، لكن هذا في الحقيقة راجع إلى اشتراط الدعوى في الحكم كما أشار إليه في البحر، ويأتي ذكره في الطريق. قوله: (وله) أي: ومحكوم له وهو الشرع كما في حقوقه المحضة أو التي غلب

= ابن الغرس من قولهم: الدعوى في العقار لا تصح حتى يثبت المدعي أن المدعى عليه واضع يده عليه، وهذا الثبوت ليس بحكم قطعاً إلى آخر ما ذكره من الفروع المماثلة لهذا الفرع. سندي.

(1) قال الرافعي: قوله: (كالحكم على الكفيل بالدين إلخ) الأصوب ما يأتي في التمثيل بما إذا أدعى رب الدين على الكفيل بدين له على الغائب المكفول عنه، وطالبه به فأنكر الدين فأثبته وحكم بموجب ذلك، فالموجب أمر أن لزوم الدين للغائب ولزوم أدائه على الكفيل.

ومحكوم عليه وحاكم وطريق ....

فيها حقه ولا حاجة في ذلك إلى الدعوى[1]، بخلاف ما تمحض فيها حق العبد أو غلب والعبد هو المدعي وعرفوه بمن لا يجبر على الخصومة إذا تركها، وقيل غير ذلك. والشرط فيه بالإجماع حضرته أو حضرة نائب عنه كوكيل أو ولي أو وصي فالمحكوم له المحجور كالغائب اهـ ملخصاً من الفواكه البدرية. قوله: (ومحكوم عليه) وهو العبد دائماً، لكنه إما متعين واحداً أو أكثر، كجماعة اشتركوا في قتل فقضي عليهم بالقصاص أو لا، كما في القضاء بالحرية الأصلية فإنه حكم على كافة الناس، بخلاف العارضة بالإعتاق فإنه جزئي واختلفوا في الوقف، والصحيح المفتى به أنه لا يكون على الكافة فتسمع فيه دعوى الملك أو وقف آخر والمحكوم عليه في حقوق الشرع من يستوفي منه حقه، سواء كان مدعى عليه أو لا[2]، كما مرت الإشارة إليه اهـ ملخصاً من الفواكه. وسيذكر المصنف آخر الفصل الآتي حكاية الخلاف في نفاذ الحكم على الغائب، ويأتي تحقيقه هناك إن شاء الله تعالى. قوله: (وحاكم) هو إما الإمام أو القاضي أو المحكم، أما الإمام فقال علماؤنا: حكم السلطان العادل ينفذ. واختلفوا في المرأة فيما سوى الحدود والقصاص، وإطلاقهم يتناول أهلية الفاسق الجاهل، وفيه بحث. وأما المحكم فشرطه أهلية القضاء ويقضي فيما سوى الحدود والقصاص، ثم القاضي تتقيد ولايته بالزمان والمكان والحوادث اهـ ملخصاً من الفواكه. وجميع ذلك سيأتي مفرقاً في مواضعه مع بيان بقية صفة الحاكم وشروطه. قوله: (وطريق) طريق القاضي إلى الحكم يختلف بحسب اختلاف المحكوم به، والطريق فيما يرجع إلى حقوق العباد المحضة عبارة عن الدعوى والحجة: وهي إما البينة أو الإقرار أو اليمين[3] أو النكول عنه أو القسامة أو علم القاضي بما يريد أن يحكم به أو القرائن الواضحة التي تصير الأمر في حيز المقطوع به، فقد قالوا: لو ظهر إنسان من دار بيده سكين وهو متلوّث بالدم سريع الحركة عليه أثر الخوف فدخلوا الدار على الفور فوجدوا فيها إنساناً مذبوحاً بذلك الوقت ولم يوجد أحد غير ذلك الخارج فإنه يؤخذ به، وهو ظاهر إذ لا يمتري أحد في أنه قاتله، والقول بأنه ذبحه آخر ثم تسور الحائط أو أنه ذبح نفسه احتمال بعيد لا يلتفت إليه إذ لم ينشأ عن دليل اهـ من الفواكه لابن الغرس. ثم أطال هنا في بيان الدعوى وتعريفها وشروطها، إلى أن قال: ثم لا يشترط في الطريق إلى الحكم أن تكون بتمامها عند القاضي الواحد، حتى لو ادعى عند نائب القاضي وبرهن ثم وقعت الحادثة إلى القاضي أو بالعكس صح، وله أن يبني على ما وقع أولاً ويقضي اهـ. وستأتي

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ولا حاجة في ذلك إلى الدعوى إلخ) المذكور في السندي أن ما فيه حق الشرع فمنه ما لا بد فيه من الدعوى كحد القذف والسرقة، ومنه ما لا يحتاج إليه كالاعتداد في المنزل المضاف للمطلقة سكنى حال وجوب العدة عليها عند إمكان ذلك اهـ.

(2) قال الرافعي: قوله: (سواء كان مدعى عليه أو لا) فإن بعض حقوقه يشترط له الدعوى فيوجد مدعى عليه، وبعضها لا فلا يوجد.

(3) قال الرافعي: قوله: (وهي إما البينة أو الإقرار أو اليمين إلخ) لم يذكر اليمين في «الأشباه».

(وأهله أهل الشهادة) أي: أداؤها على المسلمين، كذا في الحواشي السعدية. . . .

هذه متناً. ثم قال في الفصل السابع: وقد اتفق أئمة الحنفية والشافعية على أنه يشترط لصحة الحكم واعتباره في حقوق العباد الدعوى الصحيحة، وأنه لا بد في ذلك من الخصومة الشرعية، وإذا كان القاضي يعلم أن باطن الأمر ليس كظاهره وأنه لا تخاصم ولا تنازع في نفس الأمر بين المتداعيين ليس له سماع هذه الدعوى ولا يعتبر القضاء المترتب عليها ولا يصح الاحتيال لحصول القضاء بمثل ذلك، وأما إذا لم يعلم عذر ونفذ قضاؤه، ولعمري هذا شيء عمت به البلوى وبلغت شهرة اعتباره الغاية القصوى اهـ ملخصاً ونقله المصنف في المنح بتمامه وأقره فراجعه، وكذا جزم به في فتاواه.

تنبيه: بقي طريق ثبوت الحكم: أي: بعد وقوعه، وعليه اقتصر في البحر فقال: له وجهان: أحدهما: اعترافه حيث كان مولى فلو معزولاً فكواحد من الرعايا لا يقبل قوله إلا فيما في يده. الثاني: الشهادة على حكمه بعد دعوى صحيحة إن لم يكن منكراً، أما لو شهدا أنه قضى بكذا وقال: لم أقض لا تقبل شهادتهما، خلافاً لمحمد، ورجح في جامع الفصولين قول محمد لفساد قضاة الزمان اهـ. وسيأتي تمام الكلام عند قول المصنف: «ولم يعمل بقول معزول» وقد ذكر في البحر فروعاً كثيرة في أحكام القضاء يلزم الوقوف عليها. قوله: (وأهله أهل الشهادة) «أهل» الأول خبر مقدم والثاني مبتدأ مؤخر، لأن الجملة الخبرية يحكم فيها بمجهول على معلوم فإذا علم زيد وجهل قيامه تقول: زيد القائم، وإذا علم وجهل أنه زيد تقول: القائم زيد، ولذا قالوا: لما كان أوصاف الشهادة أشهر عند الناس عرف أوصافه بأوصافها، ثم الضمير في «أهله» راجع إلى القضاء، بمعنى من يصح منه أو بمعنى من تصح توليته كما في البحر.

وحاصله: أن شروط الشهادة من الإسلام والعقل والبلوغ والحرية وعدم العمى والحد في قذف شروط لصحة توليته، ولصحة حكمه بعدها، ومقتضاه: أن تقليد الكافر لا يصح. وإن أسلم قال في البحر: وفي الواقعات الحسامية الفتوى على أنه لا ينعزل بالردة، فإن الكفر لا ينافي ابتداء القضاء في إحدى الروايتين حتى لو قلد الكافر ثم أسلم هل يحتاج إلى تقليد آخر؟ فيه روايتان اهـ. قال في البحر: وبه علم أن تقليد الكافر صحيح، وإن لم يصح قضاؤه على المسلم حال كفره اهـ. وهذا ترجيح لرواية صحة التولية[1] أخذاً من كون الفتوى على أنه لا ينعزل بالردة، خلافاً لما مشى عليه المصنف في باب التحكيم من رواية عدم الصحة. وفي الفتح: قلد عبد فعتق جاز قضاؤه بتلك الولاية بلا حاجة إلى تجديد، بخلاف تولية صبيّ فأدرك. ولو قلد كافر فأسلم: قال محمد: هو على قضائه فصار الكافر كالعبد، الفرق أن كلاً منهما له ولاية وبه مانع وبالعتق والإسلام

(1) قال الرافعي: قوله: (وهذا ترجيح لرواية صحة التولية إلخ) ما ذكره لا يصلح مرجحاً لرواية الصحة، فإنه لا يلزم من تصحيح رواية عدم عزله بالردة تصحيح رواية صحة توليته، إذ يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء.

ويرد عليه أن الكافر يجوز تقليده القضاء ليحكم بين أهل الذمة ذكره الزيلعيّ في التحكيم. ....

يرتفع، أما الصبيّ فلا ولاية له أصلاً. وما في الفصول: لو قال لصبيّ أو كافر: إذا أدركت فصلّ بالناس أو اقض بينهم جاز، لا يخالف ما ذكر في الصبي لأن هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط وما تقدم تنجيز اهـ. وبه ظهر أن الأولى كون المراد في مرجع الضمير من يصح منه القضاء لا من تصح توليته إلا أن يراد بها الكاملة وهي النافذة الحكم، وأما تولية الأطروش فسيذكرها الشارح. قوله: (ويرد عليه إلخ) أي: على ما في الحواشي من تقييده بالمسلمين، فكان عليه إسقاطه ليكون المراد أداءها على من يقضي عليه فيدخل الكافر، لكن التفسير بالأداء احتراز عن التحمل[1]، لأنه يصح تحملها حالة الكفر والرق لا أداؤها فينافي ذلك، والتحقيق أن يقال كما يعلم مما قدمناه: إن كان المراد بمرجع الضمير من تصح توليته[2] يكون المراد بالشهادة تحملها فيدخل فيه العبد والكافر. نعم يخرج عنه الصبي لعدم ولايته أصلاً، وإن كان المراد من يصح منه القضاء يكون المراد بالشهادة أداءها فقط، فيدخل فيه الكافر المولى على أهل الذمة فإنه يصح قضاؤه عليهم حالاً، وكونه قاضياً خاصاً لا يضر، كما لا يضر تخصيص قاضي المسلمين بجماعة معينين، لأن المراد من يصح قضاؤه في الجملة، وعلى كل فالواجب إسقاط ذلك القيد، إلا أن يكون مراده تعريف القاضي الكامل. قوله: (ليحكم بين أهل الذمة) أي: حال كفره، وإلا فقد علمت أن الكافر يصح توليته مطلقاً لكن لا يحكم إلا إذا أسلم.

مَطْلَبٌ: فِي حُكْمِ القَاضِي الدُّرْزِيّ وَالنَّصْرَانِيّ

تنبيه: ظهر من كلامهم حكم القاضي المنصوب في بلاد الدروز في القطر الشامي، ويكون درزياً ويكون نصرانياً فكل منهما لا يصح حكمه على المسلمين، فإن الدرزي لا ملة له كالمنافق والزنديق وإن سمى نفسه مسلماً. وقد أفتى في الخيرية بأنه لا تقبل شهادته على المسلم. والظاهر: أنه يصح حكم الدرزي على النصراني وبالعكس. تأمل. وهذا كله بعد كونه منصوباً من طرف السلطان أو مأموره بذلك، وإلا فالواقع أنه ينصبه أمير تلك الناحية، ولا أدري أنه مأذون له بذلك أم لا، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، لكن جرت العادة أن أمير صيدا يولي القضاء في تلك الثغور والبلاد، بخلاف دمشق ونحوها، فإن أميرها ليس له ذلك فيها بدليل أن لها

---

(1) قال الرافعي: قوله: (لكن التفسير بالأداء احتراز عن التحمل إلخ) لا يخفى أن التعبير بالأداء وإن كان احترازاً عن التحمل ليس فيه منافاة لكون المراد أداءها على من يقضى عليه، فلا يتم ما قاله من الاستدراك.

(2) قال الرافعي: قوله: (إن كان المراد بمرجع الضمير من تصح توليته إلخ) في التعبير هنا وفيما سبق مسامحة، فإن من تصح توليته أو من يصح منه القضاء إنما هو المراد بالأهل المضاف إلى ضمير القضاء. بأحد المعنيين المذكورين.

(وشرط أهليتها شرط أهليته) فإن كلاً منهما من باب الولاية، والشهادة أقوى لأنها ملزِمة على القاضي، والقضاء ملزم على الخصم، فلذا قيل حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة. ابن كمال (والفاسق أهلها فيكون أهله لكنه لا يقلد) وجوباً ويأثم مقلده كقابل شهادته، به يفتى، وقيده في القاعدية بما إذا غلب على ظنه صدقه

قاضياً في كل سنة يأتي من طرف السلطان. ثم رأيت في الفتح قال: والذي له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذي نصبه الخليفة وأطلق له التصرف، وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطلق له التصرف، فإن له أن يولي ويعزل، كذا قالوا: ولا بد من أن لا يصرح له بالمنع أو يعلم بذلك بعرفهم، فإن نائب الشام وحلب في ديارنا يطلق لهم التصرف في الرعية والخراج ولا يولون القضاة ولا يعزلون اهـ . والله سبحانه أعلم. قوله: (وشرط أهليتها إلخ) تكرار مع قوله: و«أهله أهل الشهادة» اهـ ح. والظاهر: أن المصنف ذكر الجملة الأولى تبعاً للكنز وغيره، ثم ذكر الثانية تبعاً للغرر توضيحاً وشرحاً للأولى. وأما الجواب بأنه ذكرها ليرتب عليها قوله: «والفاسق أهلها» فغير مفيد، فافهم. قوله: (فلذا قيل إلخ) علة للعلة[1]. قوله: (والفاسق أهلها) سيأتي بيان الفسق والعدالة في الشهادات، وأفصح بهذه الجملة دفعاً لتوهم من قال: إن الفاسق ليس بأهل القضاء فلا يصح قضاؤه، لأنه لا يؤمن عليه لفسقه، وهو قول الثلاثة، واختاره الطحاوي. قال العيني: وينبغي أن يفتى به خصوصاً في هذا الزمان اهـ.

أقول: لو اعتبر هذا لانسدّ باب القضاء خصوصاً في زماننا، فلذا كان ما جرى عليه المصنف هو الأصح كما في الخلاصة، وهو أصح الأقاويل كما في العمادية. نهر. وفي الفتح: والوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وإن كان جاهلاً فاسقاً وهو ظاهر المذهب عندنا، وحينئذ فيحكم بفتوى غيره اهـ. قوله: (لكنه لا يقلد وجوباً إلخ) قال في البحر: وفي غير موضع ذكر الأولوية: يعني الأولى أن لا تقبل شهادته وإن قبل جاز. وفي الفتح: ومقتضى الدليل أن لا يحل أن يقضي بها، فإن قضى جاز ونفذ اهـ. ومقتضاه الإثم، وظاهر قوله تعالى: ﴿إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا﴾(١) أنه لا يحل قبولها قبل تعرّف حاله، وقولهم بوجوب السؤال عن الشاهد سراً وعلانية طعن الخصم أولاً في سائر الحقوق على قولهما المفتى به يقتضي الإثم بتركه لأنه للتعرّف عن حاله حتى لا يقبل الفاسق. وصرح ابن الكمال بأن من قلد فاسقاً يأثم، وإذا قبل القاضي شهادته يأثم اهـ. قوله: (به يفتى) راجع لما في المتن، فقد علمت التصريح بتصحيحه وبأنه ظاهر المذهب، وأما كون عدم تقليده واجباً ففيه كلام كما علمت[2]، فافهم. قوله: (وقيده) أي: قيد

(1) قال الرافعي: قوله: (علة للعلة) فيه نظر، بل هذا إفادة حكم آخر مأخوذ من العلة المذكورة تأمل.

(2) قال الرافعي: قوله: (وأما كون عدم تقليده واجباً ففيه كلام كما علمت) المتعين رجوعه لما في ـ

(١) سورة: الحجرات (٤٩)، الآية: ٦.

فليحفظ. درر. واستثنى الثاني الفاسق ذا الجاه والمروءة فإنه يجب قبول شهادته. بزازية. قال في النهر: وعليه فلا يأثم أيضاً بتوليته القضاء حيث كان كذلك إلا أن يفرّق بينهما[1] انتهى.

قبول شهادة الفاسق المفهوم من قابل اهـ ح. وعبارة الدرر: حتى لو قبلها القاضي وحكم بها كان آثماً لكنه ينفذ. وفي الفتاوى القاعدية: هذا إذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ اهـ.

قلت: والظاهر أنه لا يأثم أيضاً[2] لحصول التبين المأمور به في النص. تأمل. قال ط: فإن لم يغلب على ظن القاضي صدقه بأن غلب كذبه عنده أو تساويا فلا يقبلها: أي: لا يصح قبولها أصلاً، هذا ما يعطيه المقام اهـ. قوله: (واستثنى الثاني) أي: أبو يوسف من الفاسق الذي يأثم القاضي بقبول شهادته، والظاهر: أن هذا مما يغلب على ظن القاضي صدقه، فيكون داخلاً تحت كلام القاعدية فلا حاجة إلى استثنائه على ما استظهرناه آنفاً تأمل. ....

= الشارح أيضاً، فإنه وقع في كل الاختلاف، وذلك أن الفاسق لا يصح أن يكون قاضياً، والمفتى به الصحة مع الإثم في التقليد وشهادته الأولى عدم قبولها وإن قبلت كان فيه خلاف الأولى لا الإثم، والمفتى به وجوب عدم قبولها فإذا قبلت صح مع الإثم، وحينئذ يكون قصد الشارح بقوله: وبه يفتى أنه لا يلتفت إلى القول بعدم أهليته للقضاء، ولا إلى القول بأن قبول شهادته خلاف الأولى، ولا معنى لقول المحشي: وأما كون إلخ. تأمل.

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (إلا أن يفرق بينهما) افرق بين القضاء والشهادة واضح، وذلك أن الفاسق المذكور يتحاشى عن الكذب فقط ولا يتحاشى عن أنواع المعاصي فتقبل شهادته، لأنها مجرد إخبار لا يظن الكذب فيه، ولا يولى القضاء لأنه ليس خاصاً بالإخبارات خوفاً من جوره تأمل.

(2) قال الرافعي: قوله: (قلت: والظاهر أنه لا يأثم أيضاً إلخ) على ما قاله لا معنى لقول أئمة المذهب إذا قبل القاضي شهادة الفاسق صح وأثم، فإنه على هذا التقييد يجب قبولها فلا إثم، وإذا لم يوجد القيد لا يصح أصلاً، ولم توجد صورة يصح القبول مع الإثم حتى يحمل كلامهم عليها، وأيضاً لا يصح نسبة الاستثناء لأبي يوسف فقط بل هو متفق عليه، ويكون اللائق استثناء ما إذا غلب على الظن الصدق لا خصوص هذه المسألة. فلم يظهر ما قاله المحشي تأمل. ثم إن هذا التقييد المنقول عن القاعدية غير مختص بالفاسق، بل كذلك العدل إنما يقبل القاضي شهادته إذا غلب عنده صدقه كما صرح به الزيلعي في باب الرجوع عن الشهادة عند قوله: فإن رجعا قبل حكمه إلخ حيث قال: القاضي إنما يقضي بشهادتهما إذا ثبت عدالتهما عنده وغلب على ظنه أنهما صادقان اهـ. وذكر المحشي فيما يأتي عند قول المصنف: ونفذ القضاء بشهادة الزور إلخ أنه لو علم القاضي بكذب الشهود لا ينفذ قضاؤه ظاهراً ولا باطناً لعدم شرط القضاء، وهو الشهادة الصادقة في زعم القاضي تأمل، إلا أن يقال: إنه متى كان الشاهد عدلاً يغلب على ظن القاضي صدقه ويدل لذلك ما في شرح الاختيار أول الشهادات أن الحاكم يحكم بقول الشاهد وينفذه في حق الغير فيجب أن يكون قوله يغلب على ظن القاضي الصدق ولا يكون ذلك إلا بالعدالة اهـ.

قلت: سيجيء تضعيفه فراجعه، وفي معروضات المفتي أبي السعود: لما وقع التساوي في قضاة زماننا في وجود العدالة ظاهراً ورد الأمر بتقديم الأفضل في العلم والديانة والعدالة: (والعدوّ لا تقبل شهادته على عدوه إذا كانت دنيوية) ولو قضى القاضي بها لا ينفذ. ذكره يعقوب باشا (فلا يصح قضاؤه عليه) لما تقرر أن أهله أهل الشهادة ....

قوله: (سيجيء تضعيفه) أي: في الشهادات حيث قال: وما في القنية والمجتبى من قبول ذي المروءة الصادق فقول الثاني، وضعفه الكمال بأنه تعليل في مقابلة النص فلا يقبل، وأقره المصنف اهـ.

قلت: قدمنا آنفاً عن البحر أن ظاهر النص أنه لا يحل قبول شهادة الفاسق قبل تعرف حاله، فإذا ظهر للقاضي من حاله الصدق وقبله يكون موافقاً للنص، إلا أن يريد بالنص قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُم﴾(١) لكن فيه أن دلالته على عدم قبول العدل(1) إنما هي بالمفهوم، وهو غير معتبر عندنا ولا سيما هو مفهوم لقب، مع أن الآية الأولى تدل على قبول قوله: «عند التبين عن حاله» كما قلنا. تأمل. قوله: (وفي معروضات المفتي أبي السعود) أي: المسائل التي عرضها على سلطان زمانه، فأمر بالعمل بها. قوله: (في وجود العدالة) هذا كان في زمنه وقد وجد التساوي في عدمها الآن فلينظر من يقدّم ط. قوله: (إذا كانت دنيوية) سيذكر تفسيرها عن شرح الشرنبلاليّ، واحترز بالدنيوية عن الدينية، فإن من عادى غيره لارتكابه ما لا يحل لا يتهم بأنه يشهد عليه بزور، بخلاف المعاداة الدنيوية، وعن هذا قبلت شهادة المسلم على الكافر، وإن كان عدوه من حيث الديانة، وكذا شهادة اليهودي على النصراني. قوله: (ولو قضى القاضي بها لا ينفذ) دفع به ما يتوهم أنها مثل شهادة الفاسق فإنه تقدّم أنه يصح قبولها، وإن أثم القاضي فشهادة العدو ليست كذلك، بل هي كما لو قبل شهادة العبد والصبي. قوله: (ذكره يعقوب باشا) أي: في حاشيته على صدر الشريعة. وقال في الخيرية: والمسألة دوّارة في الكتب.

مَطْلَبٌ : فِي قَضَاءِ العَدُوِّ عَلَى عَدُوِّهِ

قوله: (فلا يصح قضاؤه عليه) أي: إذا كانت شهادة العدو على عدوه لا تقبل، ولو قضى بها القاضي لا ينفذ، يتفرّع عليه أن القاضي لو قضى على عدوه لا يصح لما تقرّر إلخ، وبه سقط ما قيل إن ما ذكره عن اليعقوبية مكرر مع هذا، فافهم.

تنبيه: إذا لم يصح قضاؤه عليه فالمخلص إنابة غيره إذا كان مأذوناً بالاستنابة، وسيأتي أنه

(1) قال الرافعي: قوله: (أن دلالته على عدم قبول العدل إلخ) حقه غير العدل.

(١) سورة: الطلاق (٦٥)، الآية: ٢.

قال: وبه أفتى مفتي مصر شيخ الإسلام أمين الدين بن عبد العال[١]. قال: وكذا سجل العدوّ لا يقبل على عدوه. ثم نقل عن شرح الوهبانية أنه لم ير نقلها عندنا، وينبغي النفاذ لو القاضي عدلاً. وقال ابن وهبان بحثاً: إن بعلمه لم يجز، وإن بشهادة العدول بمحضر من الناس جاز اهـ.

قلت: واعتمده القاضي محب الدين في منظومته فقال:

وَلَوْ عَلَى عَدُوِّهِ قَاضٍ حَكَمْ إِنْ كَانَ عَدْلاً صَحَّ ذَاكَ وَانْبَرَمْ
وَاخْتَارَ بَعْضُ الْعُلَمَا وَفَصَّلاَ إِنْ كَانَ بِالْعِلْمِ قَضَى لَنْ يُقْبَلاَ
وَإِنْ يَكُنْ بِمَحْضَرٍ مِنَ الْمَلاَ وَبِشَهَادَةِ الْعُدُولِ قُبِلاَ

قلت: لكن نقل في البحر والعيني والزيلعي والمصنف وغيرهم عند مسألة التقليد من الجائر عن الناصحي في تهذيب أدب القاضي للخصاف أن من لم تجز

يستنيب إذا وقعت له أو لولده حادثة. **قوله: (قال)** أي: المصنف في المنح ونصه: ورأيت بموضع ثقة معزوًا إلى بعض الفتاوى، وأظن أنها الفتاوىٰ الكبرى للخاصي أن سجل العدو لا يقبل على عدوه كما لا تقبل شهادته عليه اهـ، فافهم، والظاهر: أن المراد بالسجل كما **قال ط**: كتاب القاضي إلى قاضٍ في حادثة على عدوّ للقاضي، وهو ما يأتي عن الناصحي. **قوله: (ثم نقل)** أي: المصنف. **قوله: (أنه لم ير نقلها)** أي: نقل مسألة قضاء القاضي على عدوّه، وهذا الكلام ذكره عبد البر بن الشحنة في شرح الوهبانية عن ابن وهبان، فينبغي أن يكون **قوله**: «لم ير نقلها» مبنياً للمجهول. **قوله: (وينبغي النفاذ)** أي: مطلقاً سواء كان بعلمه أو بشهادة عدلين، وهذا البحث لشارح الوهبانية خالف فيه بحث ابن وهبان الآتي، وذكره عقبه بقوله: **قلت**: بل ينبغي النفاذ مطلقاً لو القاضي عدلاً. **قوله: (إن بعلمه لم يجز)** أي: بناء على القول بجواز قضاء القاضي بعلمه، والمعتمد خلافه، وعليه فلا خلاف بين كلامي ابن الشحنة وابن وهبان[1]، فإن مؤدى كلاميهما نفوذ حكمه لو عدلاً بشهادة العدول. **قوله: (واعتمده إلخ)** المتبادر من النظم اعتماد الأول وهو بحث ابن الشحنة فيتعين عود الضمير إليه. **قوله: (واختار بعض العلما)** هو ابن وهبان. **قوله: (قلت لكن إلخ)** أصله للمصنف حيث قال: وقد غفل الشيخان: أي: ابن وهبان وشارحه عبد البر

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (وعليه فلا خلاف بين كلامي ابن الشحنة وابن وهبان إلخ)** فيه أن كلام ابن الشحنة مقيد بما إذا كان القاضي عدلاً، وكلام ابن وهبان غير مقيد بهذا القيد، بل فيه التفصيل بين كونه بعلمه أولا فما زال الخلاف متحققاً فيما لو كان القاضي غير عدل وقضى بشهادة العدول، أو قضى بعلمه على غير المعتمد، وكان عدلاً تأمل.

---

(١) شيخ الإسلام مفتي مصر: أمين الدين بن عبد العال.

شهادته لم يجز قضاؤه، ومن لم يجز قضاؤه لا يعتمد على كتابه اهـ. وهو صريح أو

عما اتفقت كلمتهم عليه في كتبهم المعتمدة من أن أهله أهل الشهادة، فمن صلح لها صلح له، ومن لا فلا، والعدوّ لا يصلح للشهادة على ما عليه عامة المتأخرين فلا يصلح للقضاء اهـ ط.

قلت: ولم أر هذا الكلام في نسختي من شرح المصنف[1].

ثم اعلم أن مراد الشارح الاستدراك على كلام الشيخين وتأييد كلام المتن، فإن المصنف فرع عدم صحة القضاء على عدم قبول الشهادة، وهو مفهوم الكلية الواقعة في عبارات المتون وهي **قولهم:** وأهله أهلها، فإن مفهومها عكسها اللغوي، وهو أن من ليس أهلاً لها لا يكون أهلاً له، فلذا **قال المصنف** في متنه: «والعدوّ لا تقبل شهادته على عدوه» فلا يصح قضاؤه عليه، ولما كان هذا إثباتاً للحكم بالمفهوم، وفيه احتمال نقل الشارح أن مفهوم الكلية المذكورة مصرح به في عبارة الناصحي، فسقط الاحتمال واندفع بحث الشيخين وتأيد كلام المصنف، **ولذا قال:** وهو صريح أو كالصريح فيما اعتمده المصنف، ولكن بقي ها هنا تحقيق توفيق، وهو أنه ذكر في القنية أن العداوة الدنيوية لا تمنع قبول الشهادة ما لم يفسق بها، وأنه الصحيح وعليه الاعتماد، وأن ما في المحيط والواقعات، من أن شهادة العدوّ على عدوه لا تقبل اختيار المتأخرين، والرواية المنصوصة تخالفها وأنه مذهب الشافعي. **وقال أبو حنيفة:** تقبل إذا كان عدلاً. وفي المبسوط: إن كانت دنيوية فهذا يوجب فسقه فلا تقبل شهادته اهـ ملخصاً.

والحاصل: أن في المسألة قولين معتمدين: **أحدهما:** عدم قبولها على العدو، وهذا اختيار المتأخرين، وعليه صاحب الكنز والملتقى، ومقتضاه: أن العلة العداوة لا الفسق، وإلا لم تقبل على غير العدوّ أيضاً، وعلى هذا لا يصح قضاء العدو على عدوه أيضاً. **ثانيهما:** أنها تقبل إلا إذا فسق بها، واختاره ابن وهبان[2] وابن الشحنة، وإذا قبلت فبالضرورة يصح قضاء العدو على عدوه إذا كان عدلاً، فلذا اختار الشيخان صحته، وبه علم أن من يقول: بقبول شهادة العدو العدل يقول بصحة قضائه، ومن لا فلا، وأن ما ذكره الناصحي لا يعارض كلام الشيخين لاختلاف المناط، فاغتنم هذا التحقيق[3] ودع التلفيق. **قوله: (لا يعتمد على كتابه)** هو المعبر عنه فيما سبق بالسجل

---

(1) **قال الرافعي: قوله:** (ولم أر هذا الكلام في نسختي من شرح المصنف) بل رأيته في نسخة قديمة وقف الشيخ عبد الحي الشرنبلالي.

(2) **قال الرافعي: قوله:** (واختاره ابن وهبان إلخ) فيه أن ابن وهبان لم يجعل المدار في صحة القضاء إلا على عدالة الشهود لا على عدالة القاضي، وابن الشحنة على اعتبار عدالة القاضي خاصة.

(3) **قال الرافعي: قوله:** (فاغتنم هذا التحقيق) لا يخفى أنه لا خلاف في الحقيقة بينهم، لأن المتقدمين منعوا القبول في المفسقة وأجازوها في غيرها، والمتأخرون أطلقوا المنع ثم ذكروا ما يفيد أنه في المفسقة، ومن ذلك قول الشرنبلالي: ثم إنما تثبت بنحو إلخ، فإنهم ما ذكروا هذا التقييد إلا لقول أئمة المذهب: لا تقبل شهادة العدوّ الذي هو قول المتأخرين. تأمل.

كالصريح فيما اعتمده المصنف كما لا يخفى فليعتمد، وبه أفتى محقق الشافعية الرملي، ومن خطه نقلت: أنه لو قضى عليه ثم أثبت عداوته بطل قضاؤه، فليحفظ.

وفي شرح الوهبانية للشرنبلالي: ثم إنما تثبت العداوة بنحو قذف وجرح وقتل وليّ لا بمخاصمة. نعم هي تمنع الشهادة فيما وقعت فيه المخاصمة كشهادة وكيل فيما وكل فيه ووصيّ وشريك (والفاسق لا يصلح مفتياً) لأن الفتوى من أمور الدين، والفاسق لا يقبل قوله في الديانات. ابن ملك. زاد العيني: واختاره كثير من المتأخرين، وجزم به صاحب المجمع في متنه، ....

ط. قوله: (فيما اعتمده المصنف) أي: في متنه من إطلاق عدم القبول. قوله: (وبه أفتى محقق الشافعية الرملي) هذا غير ما نقله في شرح الوهبانية عن الرافعي عن الماوردي من جواز القضاء على العدو لا الشهادة عليه، لظهور أسباب الحكم وخفاء أسباب الشهادة اهـ. وهو وجيه، ولذا قيد ابن وهبان صحة القضاء بما إذا كان بشهادة العدول بمحضر من الناس كما مر لتنتفي التهمة بمعاينة أسباب الحكم، ويظهر لي أنه ينبغي أن يصح الحكم عندنا في هذه الصورة حتى على القول بعدم قبول شهادة العدو، فتأمل. قوله: (ومن خطه نقلت) الجار والمجرور متعلق بقوله: «نقلت» وقوله: «أنه لو قضى إلخ» مفعول «نقلت» أو بدل من الضمير المجرور في قوله: «وبه أفتى» وجملة «ومن خطه نقلت» معترضة، أو هي خبر مقدم، وجملة «أنه لو قضى إلخ» مبتدأ مؤخر، واقتصر ط على الأخير. قوله: (وفي شرح الوهبانية للشرنبلالي إلخ) أصله لناظمها ونقله العلامة عبد البر عنه ونصه: قال: أي: ابن وهبان: وقد يتوهم بعض المتفقهة من الشهود أن من خاصم شخصاً في حق أو ادعى عليه يصير عدوه، فيشهدون بينهما بالعداوة، وليس كذلك، وإنما تثبت بنحو إلخ اهـ.

قلت: لكن قد علمت أن مختار ابن وهبان أن العداوة لا تمنع قبول الشهادة، إلا إذا فسق بها فعلم أنها قد تكون مفسقة وقد لا تكون، فقوله: «وإنما تثبت إلخ» يريد به العداوة المانعة وهي المفسقة، ولا يخفى أن هذه تمنع القبول على العدو وعلى غيره[1]، وسيأتي تمام الكلام على هذه المسألة في الشهادات إن شاء الله تعالى. قوله: (ووصي) أي: فيما أوصى عليه، وقوله: (وشريك) أي: فيما هو من مال الشركة ط. قوله: (والفاسق لا يصلح مفتياً) أي: لا يعتمد على فتواه، وظاهر قول المجمع لا يستفتى: أنه لا يحل استفتاؤه، ويؤيده قول ابن الهمام في التحرير: الاتفاق على حل استفتاء من عرف من أهل العلم بالاجتهاد والعدالة أو رآه منتصباً والناس يستفتونه

(1) قال الرافعي: قوله: (ولا يخفى أن هذه تمنع القبول على العدوّ وعلى غيره) لكن منع القبول على عدوه بمعنى عدم النفاذ لو قضى بها، وعلى غيره بمعنى أن القاضي لا يحل له قبولها، ولو قبلها وقضى بها نفذ حكمه.

وله في شرحه عبارات بليغة، وهو قول الأئمة الثلاثة أيضاً، وظاهر ما في التحرير أنه لا يحل استفتاؤه اتفاقاً كما بسطه المصنف (وقيل نعم يصلح) وبه جزم في الكنز، لأنه يجتهد حذار نسبة الخطأ، ولا خلاف في اشتراط إسلامه وعقله، وشرط بعضهم تيقظه ....

معظمين له، وعلى امتناعه إن ظن عدم أحدهما: أي: عدم الاجتهاد أو العدالة كما في شرحه، ولكن اشتراط الاجتهاد مبني على اصطلاح الأصوليين أن المفتي المجتهد: أي: الذي يفتي بمذهبه، وأن غيره ليس بمفت بل هو ناقل كما سيأتي، والثاني هو المراد هنا بدليل ما سيأتي من أن اجتهاده شرط الأولوية، ولأن المجتهد مفقود اليوم.

والحاصل: أنه لا يعتمد على فتوى المفتي الفاسق مطلقاً. قوله: (وله في شرحه عبارات بليغة) حيث قال: إن أولى ما يستنزل به فيض الرحمة الإلهية في تحقيق الواقعات الشرعية طاعة اللّه عزّ وجل والتمسك بحبل التقوى، قال تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ﴾[1] ومن اعتمد على رأيه وذهنه في استخراج دقائق الفقه وكنوزه وهو في المعاصي حقيق بإنزال الخذلان فقد اعتمد على ما لا يعتمد عليه ﴿وَمَن لَّمْ يَجْعَلِ ٱللَّهُ لَهُ نُوراً فَمَا لَهُ مِن نُّورٍ﴾[2]. قوله: (وظاهر ما في التحرير) بل هو صريحه كما سمعت[1]. قوله: (وبه جزم في الكنز) حيث قال: والفاسق يصلح مفتياً، وقيل لا، فجزم بالأول ونسب الثاني إلى قائله بصيغة التمريض، فافهم. قوله: (لأنه يجتهد إلخ) هذا التعليل لا يظهر في زماننا، لأنه قد يعرض عن النص الضروري قصداً لغرض فاسد، وربما عورض بالنص فيدعي فساد النص ط. قوله: (حذار نسبة الخطأ) الأولى أن يقول: «حذر» لما في القاموس: وحذار حذار، وقد ينون الثاني: أي: احذر ط. قوله: (وشرط بعضهم تيقظه) احترازاً عمن غلب عليه الغفلة والسهو.

قلت: وهذا شرط لازم في زماننا، فإن العادة اليوم أن من صار بيده فتوى المفتي استطال على خصمه وقهره بمجرد قوله: أفتاني المفتي بأن الحق معي والخصم جاهل لا يدري ما في الفتوى، فلا بد أن يكون المفتي متيقظاً يعلم حيل الناس ودسائسهم، فإذا جاءه السائل يقرره من لسانه ولا يقول له: إن كان كذا فالحق معك وإن كان كذا فالحق مع خصمك، لأنه يختار لنفسه ما ينفعه ولا يعجز عن إثباته بشاهدي زور، بل الأحسن أن يجمع بينه وبين خصمه، فإذا ظهر له الحق

(١) قال الرافعي: قوله: (بل هو صريحه كما سمعت) يقال: إن قوله: وعلى امتناعه إلخ يحتمل أن يكون خبر مبتدأ تقديره والعمل على امتناع إلخ، وليس معطوفاً على قوله: على حل إلخ، والقرينة على هذا الاحتمال ذكر غيره الخلاف في هذه المسألة تأمل.

(١) سورة: البقرة (٢)، الآية: ٢٨٢.
(٢) سورة: النور (٢٤)، الآية: ٤٠.

لا حريته وذكورته ونطقه، فيصح إفتاء الأخرس لا قضاؤه (ويكتفي بالإشارة منه لا من القاضي) للزوم صيغة مخصوصة كحكمت وألزمت بعد دعوى صحيحة، وأما الأطرش وهو من يسمع الصوت القويّ فالأصح الصحة، بخلاف الأصم ......

مع أحدهما كتب الفتوى لصاحب الحق، وليحترز من الوكلاء في الخصومات فإن أحدهم لا يرضى إلا بإثبات دعواه لموكله بأيّ وجه أمكن، ولهم مهارة في الحيل والتزوير وقلب الكلام وتصوير الباطل بصورة الحق، فإذا أخذ الفتوى قهر خصمه ووصل إلى غرضه الفاسد، فلا يحل للمفتي أن يعينه على ضلاله، وقد قالوا: من جهل بأهل زمانه فهو جاهل، وقد يسأل عن أمر شرعي وتدل القرائن للمفتي المتيقظ أن مراده التوصل به إلى غرض فاسد كما شاهدناه كثيراً.

والحاصل: أن غفلة المفتي يلزم منها ضرر عظيم في هذا الزمان، والله تعالى المستعان.

قوله: (لا حريته إلخ) أي: فهو كالراوي لا كالشاهد والقاضي، ولذا تصح فتواه لمن لا تقبل شهادته له. **قوله: (فيصح إفتاء الأخرس)** أي: حيث فهمت إشارته، بل يجوز أن يعمل بإشارة الناطق كما في الهندية. وأفاده عموم قول المصنف: «ويكتفي بالإشارة منه» ط. **قوله: (فالأصح الصحة)** لأنه يفرق بين المدعي والمدعى عليه، وقيل لا يجوز، لأنه لا يسمع الإقرار فيضيع حقوق الناس، بخلاف الأصم، وهكذا فصل شارح الوهبانية، وينبغي أن الحكم كذلك في المفتي.

فإن قلت: قد يفرق بينهما، بأن المفتي يقرأ صورة الاستفتاء ويكتب جوابه، فلا يحتاج إلى السماع.

قلت: الظاهر من كلامهم عدم الاكتفاء بهذا في القاضي، مع أنه يمكن أن يكتب له جواب الخصمين فكذا في المفتي، ويمكن الفرق بأن القضاء لا بد له من صيغة مخصوصة بعد دعوى صحيحة فيحتاط فيه، بخلاف الإفتاء فإنه إفادة الحكم الشرعي ولو بالإشارة فلا يشترط فيه السماع اهـ منح ملخصاً.

قلت: لا شك أنه إذا كتب له وأجاب عنه جاز العمل بفتواه، وأما إذا كان منصوباً للفتوى يأتيه عامة الناس ويسألونه من نساء وأعراب وغيرهم، فلا بد أن يكون صحيح السمع، لأنه لا يمكن كل سائل أن يكتب له سؤاله، وقد يحضر إليه الخصمان ويتكلم أحدهما بما يكون فيه الحق عليه لا له والمفتي لم يسمع ذلك منه فيفتيه على ما سمع من بعض كلامه فيضيع حق خصمه، وهذا قد شاهدته كثيراً فلا ينبغي التردّد في أنه لا يصلح أن يكون مفتياً عاماً ينتظر القاضي جوابه ليحكم به، فإن ضرر مثل هذا أعظم من نفعه، والله سبحانه أعلم.

(ويفتي القاضي) ولو في مجلس القضاء وهو الصحيح (من لم يخاصم إليه) ظهيرية. وسيتضح (ويأخذ) القاضي كالمفتي (بقول أبي حنيفة على الإطلاق، ثم بقول أبي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول زفر والحسن بن زياد) وهو الأصح. منية وسراجية. وعبارة النهر: ثم بقول الحسن فتنبه. وصحح في الحاوي اعتبار قوة المدرك والأول أضبط. نهر (ولا يخير إلا إذا كان مجتهداً) بل المقلد متى خالف

مَطْلَبٌ : يُفْتَى بِقَوْلِ الإِمَامِ عَلَى الإِطْلَاقِ

قوله: (ويفتي القاضي إلخ) في الظهيرية: ولا بأس للقاضي أن يفتي من لم يخاصم إليه ولا يفتي أحد الخصمين فيما خوصم إليه اهـ بحر. وفي الخلاصة: القاضي هل يفتي؟ فيه أقاويل، والصحيح أنه لا بأس به في مجلس القضاء وغيره في الديانات والمعاملات اهـ. ويمكن حمله على من لم يخاصم إليه فيوافق ما في الظهيرية ومن ثم عوّلنا عليه في هذا المختصر. فتح. وقد جمع الشارح بين العبارتين[1] بهذا الحمل. وفي كافي الحاكم: وأكره للقاضي أن يفتي في القضاء للخصوم كراهة أن يعلم خصمه قوله: فيتحرز منه بالباطل اهـ. قوله: (وسيتضح) لعله أراد به مسألة التسوية. تأمل. قوله: (على الإطلاق) أي: سواء كان معه أحد أصحابه أو انفرد، لكن سيأتي قبيل الفصل[2] أن الفتوى على قول أبي يوسف فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته. قوله: (وهو الأصح) مقابله ما يأتي عن الحاوي وما في جامع الفصولين من أنه لو معه أحد صاحبيه أخذ بقوله: وإن خالفاه. قيل كذلك، وقيل يخير إلا فيما كان الاختلاف بحسب تغير الزمان كالحكم بظاهر العدالة وفيما أجمع المتأخرون عليه كالمزارعة والمعاملة فيختار قولهما. قوله: (وعبارة النهر إلخ) أي: لإفادة أن رتبة الحسن بعد زفر، بخلاف عبارة المصنف فإن عطفه بالواو يفيد أنهما في رتبة واحدة، وعبارة المصنف هي المشهورة في الكتب. قوله: (وصحح في الحاوي) أي: الحاوي القدسي، وهذا فيما إذا خالف الصاحبان الإمام، والمراد بقوة الدرك: قوة الدليل، أطلق عليه المدرك لأنه محل إدراك الحكم لأن الحكم يؤخذ منه. قوله: (والأول أضبط) لأن ما في الحاوي خاص فيمن له اطلاع على الكتاب والسنة وصار له ملكة النظر في الأدلة واستنباط الأحكام منها، وذلك هو المجتهد المطلق أو المقيد، بخلاف الأول فإنه يمكن لمن هو دون ذلك. قوله: (ولا يخير إلا إذا كان مجتهداً) أي: لا يجوز له مخالفة الترتيب المذكور إلا إذا كان له ملكة يقتدر بها على الاطلاع على قوة المدرك، وبهذا رجع القول الأول إلى ما في الحاوي من

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وقد جمع الشارح بين العبارتين إلخ) أي: المصنف في شرحه لا شارح «الدرر» فإنه لم يتعرض لما في «الخلاصة» ولا لحمله على من لم يخاصم إليه.

(2) قال الرافعي: قوله: (لكن سيأتي قبيل الفصل إلخ) لا حاجة لهذا الاستدراك، فإن كلام المصنف مقيد بما إذا لم يوجد ترجيح لخلاف هذا الترتيب كما يأتي.

معتمد مذهبه لا ينفذ حكمه وينقض هو المختار للفتوى كما بسطه المصنف في فتاويه وغيره، وقدمناه أول الكتاب، وسيجيء.

وفي القهستاني وغيره: اعلم أن في كل موضع قالوا الرأي فيه للقاضي فالمراد قاض له ملكة الاجتهاد انتهى. وفي الخلاصة: وإنما ينفذ القضاء في المجتهد فيه إذا

أن العبرة[1] في المفتي المجتهد لقوة المدرك. نعم فيه زيادة تفصيل سكت عنه الحاوي، فقد اتفق القولان على أن الأصح هو أن المجتهد في المذهب من المشايخ الذين هم أصحاب الترجيح، لا يلزمه الأخذ بقول الإمام على الإطلاق، بل عليه النظر في الدليل وترجيح ما رجح عنده دليله، ونحن نتبع ما رجحوه واعتمدوه كما لو أفتوا في حياتهم كما حققه الشارح في أول الكتاب نقلاً عن العلامة قاسم، ويأتي قريباً عن الملتقط أنه إن لم يكن مجتهداً فعليه تقليدهم واتباع رأيهم، فإذا قضى بخلافه لا ينفذ حكمه. وفي فتاوى ابن الشلبي: لا يعدل عن قول الإمام إلا إذا صرح أحد من المشايخ بأن الفتوى على قول غيره، وبهذا سقط ما بحثه في البحر من أن علينا الإفتاء بقول الإمام وإن أفتى المشايخ بخلافه، وقد اعترضه محشيه الخير الرملي بما معناه: أن المفتي حقيقة هو المجتهد، وأما غيره فناقل لقول المجتهد، فكيف يجب علينا الإفتاء بقول الإمام وإن أفتى المشايخ بخلافه ونحن إنما نحكي فتواهم لا غير اهـ وتمام أبحاث هذه المسألة حررناه في منظومتنا في رسم المفتي وفي شرحها، وقدمنا بعضه في أول الكتاب، والله الهادي إلى الصواب، فافهم. قوله: (معتمد مذهبه) أي: الذي اعتمده مشايخ المذهب، سواء وافق قول الإمام أو خالفه كما قررناه آنفاً. قوله: (وسيجيء) أي: بعد أسطر عن الملتقط، وكذا في الفصل الآتي عند قوله: «قضى في مجتهد فيه». قوله: (اعلم أن في كل موضع قالوا الرأي فيه للقاضي إلخ) أقول: قد عدّ في الأشباه من المسائل التي فوضت لرأي القاضي إحدى عشرة مسألة، زاد محشيه الخير الرملي أربع عشرة مسألة أخرى ذكرها الحموي في حاشيته، ولحفيد المصنف الشيخ محمد ابن الشيخ صالح ابن المصنف رسالة في ذلك سماها «فيض المستفيض في مسائل التفويض»(١) فارجع إليها، ولكن بعض هذه المسائل لا يظهر توقف الرأي فيها على الاجتهاد المصطلح، فليتأمل. وانظر ما نذكره في الفصل الآتي عند قوله: «فيحبسه بما رأى». قوله: (وإنما ينفذ القضاء إلخ) هذا في

(1) قال الرافعي: قوله: (وبهذا رجع القول الأول إلى ما في «الحاوي» من أن العبرة إلخ) فيه تأمل، وذلك أن كلامه في خصوص ما إذا كان الإمام في جانب وصاحباه في جانب، كما ذكره عنه ونقله أيضاً ط، وكلام المصنف أعم من ذلك وعبارة ط: قال في «البحر»: وصحح في «الحاوي القدسي» أن الإمام إذا كان في جانب وهما في جانب أن الاعتبار لقوة المدرك اهـ.

(١) رسالة فيض المستفيض في مسائل التفويض.

غلم أنه مجتهد فيه، وإلا فلا (وإذا اختلف مفتيان) في جواب حادثة (أخذ بقول أفقههما بعد أن يكون أورعهما) سراجية. وفي الملتقط: وإذا أشكل عليه أمر ولا رأي له فيه شاور العلماء ونظر أحسن أقاويلهم وقضى بما رآه صواباً لا بغيره، إلا أن يكون غيره أقوى في الفقه ووجوه الاجتهاد فيجوز ترك رأيه برأيه. ثم قال: وإن لم يكن مجتهداً فعليه تقليدهم واتباع رأيهم، فإذا قضى بخلافه لا ينفذ حكمه.

(المصر شرط لنفاذ القضاء في ظاهر الرواية، وفي رواية النوادر لا) فينفذ في القرى ....

القاضي المجتهد، أما المقلد فعليه العمل بمعتمد مذهبه علم فيه خلافاً أو لا اهـ ط. وسيأتي تمام الكلام على هذه المسألة عند قول المصنف: «وإذا رفع إليه حكم قاض آخر نفذه». قوله: (وإذا أشكل إلخ) قال في الهندية: وإن لم يقع اجتهاده على شيء وبقيت الحادثة مختلفة ومشكلة كتب إلى فقهاء غير مصره، فالمشاورة بالكتاب سنة قديمة في الحوادث الشرعية، فإن اتفق رأيهم على شيء ورأيه يوافقهم وهو من أهل الرأي والاجتهاد أمضى ذلك برأيه، وإن اختلفوا نظر إلى أقرب الأقوال عنده من الحق إن كان من أهل الاجتهاد، وإلا أخذ بقول من هو أفقه وأورع عنده اهـ ط. قوله: (وقضى بما رآه صواباً) أي: بما حدث له من الرأي والاجتهاد بعد مشاورتهم، فلا ينافي قوله: «ولا رأي له فيه» تأمل. قوله: (إلا أن يكون غيره) أي: إلا أن يكون الشخص الذي أفتاه أقوى منه، فيجوز له أن يعدل عن رأي نفسه إلى رأي ذلك المفتي، لكن هذا إذا اتهم رأي نفسه. ففي الهندية عن المحيط: وإن شاور القاضي رجلاً واحداً كفى، فإن رأى بخلاف رأيه وذلك الرجل أفضل وأفقه عنده لم تذكر هذه المسألة هنا. وقال في كتاب الحدود: لو قضى برأي ذلك الرجل أرجو أن يكون في سعة، وإن لم يتهم القاضي رأيه لا ينبغي أن يترك رأي نفسه ويقضي برأي غيره اهـ: أي: لأن المجتهد لا يقلد غيره. قوله: (واتباع رأيهم) أي: إن اتفقوا على شيء وإلا أخذ بقول الأفقه والأورع عنده كما مر.

قال في الفتح: وعندي أنه لو أخذ بقول الذي لا يميل إليه قلبه جاز، لأن ذلك الميل وعدمه سواء، والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل، أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ اهـ.

قلت: وهذا كله فيما إذا كان المفتيان مجتهدين واختلفا في الحكم، ومثله يقال في المقلدين فيما لم يصرحوا في الكتب بترجيحه واعتماده أو اختلفوا في ترجيحه، وإلا فالواجب الآن اتباع ما اتفقوا على ترجيحه أو كان ظاهر الرواية أو قول الإمام أو نحو ذلك من مقتضيات الترجيح التي ذكرناها في أول الكتاب وفي منظومتنا وشرحها. قوله: (في ظاهر الرواية) في البحر: ولا يشترط المصر على ظاهر الرواية، فالقضاء بالسواد صحيح، وبه يفتى، كذا في البزازية اهـ. وبه علم أن

وفي عقار لا في ولايته على الصحيح. خلاصة (وبه يفتى) بزازية (أخذ القضاء برشوة) ....

كلاً من القولين معزوّ إلى ظاهر الرواية، وفيه تأمل[1]. رمليّ على المنح. قوله: (وفي عقار إلخ) في البحر: ولا يشترط أن يكون المتداعيان من بلد القاضي إذا كانت الدعوى في المنقول والدين، وأما في عقار لا في ولايته فالصحيح الجواز[2] كما في الخلاصة والبزازية، وإياك أن تفهم خلاف ذلك فإنه غلط. اهـ.

مَطْلَبٌ: فِي الكَلَامِ عَلَى الرِّشْوَةِ وَالهَدِيَّةِ

قوله: (أخذ القضاء برشوة) بتثليث الراء. قاموس. وفي المصباح: الرشوة بالكسر: ما يعطيه الشخص الحاكم وغيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد. جمعها رشا مثل سدرة وسدر، والضم لغة، وجمعها: رشا بالضم اهـ. وفيه البرطيل بكسر الباء: الرشوة، وفتح الباء عامي.

وفي الفتح: ثم الرشوة أربعة أقسام: منها ما هو حرام على الآخذ والمعطي وهو الرشوة على تقليد القضاء والإمارة. الثاني: ارتشاء القاضي ليحكم وهو كذلك ولو القضاء بحق لأنه واجب عليه. الثالث: أخذ المال ليسوّي أمره عند السلطان دفعاً للضرر أو جلباً للنفع وهو حرام على الآخذ فقط، وحيلة حلها: أن يستأجره يوماً إلى الليل أو يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله في الذهاب إلى السلطان للأمر الفلاني، وفي الأقضية قسم الهدية وجعل هذا من أقسامها فقال: حلال من الجانبين كالإهداء للتودد وحرام منهما كالإهداء ليعينه على الظلم وحرام على الآخذ فقط، وهو أن يهدي ليكفّ عنه الظلم، والحيلة أن يستأجره إلخ قال: أي: في الأقضية: هذا إذا كان فيه شرط، أما إذا كان بلا شرط لكن يعلم يقيناً أنه إنما يهدي ليعينه عند السلطان فمشايخنا على أنه لا بأس به، ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فأهدى إليه بعد ذلك فهو حلال لا بأس به، وما نقل عن ابن مسعود من كراهته فورع. الرابع: ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع إليه على نفسه أو ماله حلال للدافع حرام على الآخذ، لأن دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز أخذ

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وبه علم أن كلاً من القولين معزوّ إلى ظاهر الرواية وفيه تأمل) وجهه أن المذكور في «البزازية» من الفصل الأول أنه ينفذ القضاء في غير المصر. به يفتى بدون أن يعزوه لظاهر الرواية، ثم قال فيه: المصر شرط لنفاذ القضاء في ظاهر الرواية، وذكر في الفصل الرابع قضى في الرستاق نفذ في رواية النوادر، وهو المأخوذ اهـ. ولم يذكر أن النفاذ ظاهر الرواية.

(2) قال الرافعي: قوله: (وأما في عقار لا في ولايته فالصحيح الجواز) وإن كان الصحيح الجواز لكن لا يصح التسليم، فلذا قال في «الهندية» من الباب العشرين من القضاء: بخاري ادّعى داراً على سمرقندي عند قاضي بخارى أن الدار التي في يديه بسمرقند في محلة كذا ملكي، وأقام البينة على دعواه، فالقاضي يقضي بالدار إلا أن التسليم لايصح، لأن الدار ليست في ولايته، فيكتب إلى قاضي سمرقند لأجل التسليم كذا في «المحيط». قال الرافعي: قوله: (فالصحيح الجواز إلخ) لكن بشرط =

للسلطان أو لقومه وهو عالم بها أو بشفاعة. جامع الفصولين وفتاوى ابن نجيم (أو ارتشى) هو أو أعوانه بعلمه. شرنبلالية (وحكم لا ينفذ حكمه) ....

المال ليفعل الواجب اهـ ما في الفتح ملخصاً. وفي القنية: الرشوة يجب ردها ولا تملك، وفيها دفع للقاضي أو لغيره سحتاً لإصلاح المهم فأصلح ثم ندم يرد ما دفع إليه اهـ. وتمام الكلام عليها في البحر، ويأتي الكلام على الهدية للقاضي والمفتي والعمال. قوله: (للسلطان) صفة لرشوة: أي: دفعها القاضي له، وكذا لو دفعها غيره كما في البحر عن البزازية. قوله: (أو ارتشى) المناسب إسقاطه، لأنه يغني عنه قوله: ولو كان عدلاً[1] مع ما فيه من الإيهام كما تعرفه. قوله: (لا ينفذ حكمه) فيه إيهام التسوية بين المسألتين، مع أنه إذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضياً، كما في الكنز.

قال في البحر: وهو الصحيح ولو قضى لم ينفذ، وبه يفتى اهـ. ومثله في الدرر عن العمادية. وأما إذا ارتشى: أي: بعد صحة توليته سواء ارتشى ثم قضى أو قضى ثم ارتشى كما في الفتح، فحكي في العمادية فيه ثلاثة أقوال: قيل إن قضاءه نافذ فيما ارتشى فيه وفي غيره. وقيل لا ينفذ فيه وينفذ فيما سواه، واختاره السرخسي. وقيل لا ينفذ فيهم. والأول اختاره البزدوي واستحسنه في الفتح، لأن حاصل أمر الرشوة فيما إذا قضى بحق إيجاب فسقه، وقد فرض أنه لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر، وغاية ما وجه أنه إذا ارتشى[2] عامل لنفسه معنى والقضاء عمل لله تعالى اهـ.

قال في النهر تبعاً للبحر: وأنت خبير بأن كون خصوص هذا الفسق غير مؤثر ممنوع، بل يؤثر بملاحظة كونه عملاً لنفسه، وبهذا يترجح ما اختاره السرخسي. وفي الخانية أجمعوا أنه إذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى فيه اهـ.

قلت: حكاية الإجماع منقوضة بما اختاره البزدوي، واستحسنه في الفتح وينبغي اعتماده للضرورة في هذا الزمان وإلا بطلت جميع القضايا الواقعة الآن، لأنه لا تخلو قضية عن أخذ القاضي الرشوة المسماة بالمحصول قبل الحكم أو بعده فيلزم تعطيل الأحكام، وقد مر عن صاحب النهر في ترجيح أن الفاسق أهل للقضاء أنه لو اعتبر العدالة لانسدّ باب القضاء فكذا يقال هنا، وانظر ما سنذكره في أول باب التحكيم. وفي الحامدية عن جواهر الفتاوى: قال شيخنا

= أن يكون في ولاية من قلده كما يأتي نقله عن «البزازية».

(1) قال الرافعي: قوله: (المناسب إسقاطه لأنه يغني عنه قوله: ولو كان عدلاً إلخ) ما يأتي في استحقاق العزل وهو لا يفيد عدم النفاذ، فلا بد من ذكر ما هنا تأمل.

(2) قال الرافعي: قوله: (وغاية ما وجه أنه إذا ارتشى إلخ) كأنه فهم من توجيههم أنه إذا ارتشى لم يقصد وجه الله تعالى بهذه العبادة بل قصد نفع نفسه، وهذا لا يقتضي بطلان ذلك العمل بل ثوابه، مع أن هذا ليس مرادهم بل المراد أن يكون حاكماً لنفسه، والقضاء لنفسه باطل.

ومنه ما لو جعل لموليه مبلغاً في كل شهر يأخذه منه ويفوّض إليه قضاء ناحية. فتاوى المصنف. لكن في الفتح: من قلد بواسطة الشفعاء كمن قلد احتساباً، ومثله في البزازية بزيادة: وإن لم يحل الطلب بالشفعاء (ولو) كان (عدلاً ففسق بأخذها) أو بغيره وخصها لأنها المعظم (استحق العزل) وجوباً، وقيل ينعزل وعليه الفتوى. ابن الكمال وابن ملك. وفي الخلاصة عن النوادر: لو فسق أو ارتدّ أو عمي ثم صلح أو أبصر فهو على قضائه، وما قضى في فسقه ونحوه فباطل، واعتمده في البحر، وفي الفتح: اتفقوا في الإمارة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لأنها مبنية

وإمامنا جمال الدين البزدوي: أنا متحير في هذه المسألة، لا أقدر أن أقول تنفذ أحكامهم لما أرى من التخليط والجهل والجراءة فيهم، ولا أقدر أن أقول لا تنفذ لأن أهل زماننا كذلك، فلو أفتيت بالبطلان أدى إلى إبطال الأحكام جميعاً، يحكم الله بيننا وبين قضاة زماننا، أفسدوا علينا ديننا وشريعة نبينا ﷺ، لم يبق منهم إلا الاسم والرسم اهـ. هذا في قضاة ذلك الزمان، فما بالك في قضاة زماننا، فإنهم زادوا على من قبلهم باعتقادهم حلّ ما يأخذونه من المحصول بزعمهم الفاسد أن السلطان يأذن لهم بذلك، وسمعت من بعضهم أن المولى أبا السعود أفتى بذلك، وأظن أن ذلك افتراء عليه، وانظر ما سنذكره قبيل كتاب الشهادات، ولا حول ولا قوة إلا بالله العليّ العظيم. قوله: (ومنه إلخ) أي: من قسم أخذ القضاء بالرشوة، وهذا يسمى الآن مقاطعة والتزاماً، بأن يكون على رجل قضاء ناحية فيدفع له آخر شيئاً معلوماً ليقضي فيها ويستقبل بجميع ما يحصله من المحصول لنفسه، وذكر في الخيرية في شأنهم نظماً يصرّح بكفرهم. قوله: (لكن في الفتح إلخ) استدراك على قوله: «أو شفاعة». قوله: (أو بغيره) كزنىً أو شرب خمر. قوله: (لأنها المعظم) أي: معظم ما يفسق به القاضي. نهر. قوله: (استحق العزل) هذا ظاهر المذهب وعليه مشايخنا البخاريون والسمرقنديون، ومعناه: أنه يجب على السلطان عزله. ذكره في الفصول، وقيل إذا ولي عدلاً ثم فسق انعزل، لأن عدالته مشروطة معنى، لأن موليه اعتمدها فيزول بزوالها وفيه أنه لا يلزم من اعتبار ولايته لصلاحيته تقييدها به على وجه تزول بزواله. فتح ملخصاً. قوله: (وقيل ينعزل وعليه الفتوى) قال في البحر بعد نقله: وهو غريب والمذهب خلافه. قوله: (ثم صلح) أي: بالطاعة أو الإسلام ط. قوله: (فهو على قضائه) مخالف لما في البحر عن البزازية أربع خصال إذا حلت بالقاضي انعزل: فوات السمع أو البصر أو العقل أو الدين اهـ. لكن قال بعده، وفي الواقعات الحسامية: الفتوى على أنه لا ينعزل بالردة، فإن الكفر لا ينافي ابتداء القضاء في إحدى الروايتين، ثم قال: وبه علمت أن ما مر على خلاف المفتى به. وفي الولوالجية؟ إذا ارتدّ أو فسق ثم صلح فهو على حاله، لأن الارتداد فسق، وبنفس الفسق لا ينعزل، إلا أن ما قضى في حال الردة باطل اهـ.

قلت: وظاهر ما في الولوالجية أن ما قضاه في حال الفسق نافذ وهو الموافق لما مر،

على القهر والغلبة، لكن في أول دعوى الخانية الوالي كالقاضي، فليحفظ (وينبغي أن يكون موثوقاً به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار[1] ووجوه الفقه

إلا أن يراد بالفسق في عبارة الخلاصة: الفسق بالرشوة. تأمل. قوله: (واعتمده في البحر) فيه أن الذي إعتمده في البحر هو قوله: «فصار الحاصل» أنه إذا فسق لا ينعزل وتنفذ قضاياه إلا في مسألة هي ما إذا فسق بالرشوة فإنه لا ينفذ في الحادثة التي أخذ بسببها. قال: وذكر الطرسوسي أن من قال: باستحقاقه العزل قال: بصحة أحكامه، ومن قال: بعزله قال: ببطلانها اهـ. قوله: (لكن في أول دعوى الخانية إلخ) حيث قال كما في البحر: والوالي إذا فسق فهو بمنزلة القاضي يستحق العزل ولا ينعزل اهـ. وأنت خبير بأن هذا لا يخالف ما في الفتح، فافهم.

مَطْلَبٌ : السُّلْطَانُ يَصِيرُ سُلْطَاناً بِأَمْرَيْنِ

نعم نقل في البحر عن الخانية أيضاً من الردة أن السلطان يصير سلطاناً بأمرين: بالمبايعة معه من الأشراف والأعيان، وبأن ينفذ حكمه على رعيته خوفاً من قهره، فإن بويع ولم ينفذ فيهم حكمه لعجزه عن قهرهم لا يصير سلطاناً، فإذا صار سلطاناً بالمبايعة فجار إن كان له قهر وغلبة لا ينعزل، لأنه لو انعزل يصير سلطاناً بالقهر والغلبة فلا يفيد، وإن لم يكن له قهر وغلبة ينعزل اهـ. فكان المناسب الاستدراك بهذه العبارة الثانية ليفيد حمل ما في الفتح على ما إذا كان له قهر وغلبة. قوله: (وينبغي أن يكون إلخ) ويكون شديداً من غير عنف ليناً من غير ضعف، لأن القضاء من أهم أمور المسلمين، فكل من كان أعرف وأقدر وأوجه وأهيب وأصبر على ما يصيبه من الناس كان أولى، وينبغي للسلطان أن يتفحص في ذلك ويولي من هو أولى لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ قَلَّدَ إِنْسَاناً عَمَلاً وَفي رَعِيَّتِهِ مَنْ هُوَ أَوْلَى فَقَدْ خَانَ اللَّهَ وَرَسولَهُ وَجَمَاعَةَ الْمُسْلِمِينَ» بحر. ومثله في الزيلعي، فقوله: «وينبغي» بمعنى يطلب: أي: المطلوب منه أن تكون صفته هكذا، وقوله: «كان أولى» أي: أحق، وهذا لا يدل على أن ذلك مستحب، فإن الحديث يدل على إثم السلطان بتوليته غير الأولى، فافهم.

مَطْلَبٌ : فِي تَفْسِيرِ الصَّلَاحِ وَالصَّالِحِ

قوله: (موثوقاً به) أي: مؤتمناً من وثقت به أثق بكسرهما ثقة ووثوقاً: ائتمنته، والعفاف: الكفّ عن المحارم وخوارم المروءة، والمراد بالوثوق بعقله كونه كاملة، فلا يولي الأخف وهو ناقص العقل، والصلاح خلاف الفساد، وفسر الخصاف الصالح بمن كان مستوراً غير مهتوك ولا صاحب ريبة، مستقيم الطريقة سليم الناحية كامن الأذى قليل السوء، ليس بمعاقر للنبيذ ولا ينادم

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (والآثار) الأثر ما يروى عن غيره عليه السلام من الصحابة والتابعين قولاً أو فعلاً أو تقريراً اهـ. سندي.

والاجتهاد شرط الأولوية) لتعذره على أنه يجوز خلوّ الزمن عنه عند الأكثر. نهر. فصح تولية العامي. ابن كمال. ويحكم بفتوى غيره ....

عليه الرجال وليس بقذاف للمحصنات، ولا معروفاً بالكذب، فهذا عندنا من أهل الصلاح اهـ. والمراد بعلم السنة ما ثبت عن رسول الله ﷺ قولاً وفعلاً وتقريراً عند أمر يعاينه وبوجوه الفقه طرقه. بحر ملخصاً. والأثر كما قال السخاوي لغة: البقية، واصطلاحاً: الأحاديث مرفوعة أو موقوفة على المعتمد وإن قصره بعض الفقهاء على الثاني.

مَطْلَبٌ: فِي الاجْتِهَادِ وَشُرُوطِهِ

قوله: (والاجتهاد شرط الأولوية) هو لغة: بذل المجهود في تحصيل ذي كلفة، وعرفاً: ذلك من الفقيه في تحصيل حكم شرعي. **قال في التلويح**: ومعنى بذل الطاقة أن يحس من نفسه العجز عن المزيد عليه، وشرطه الإسلام والعقل والبلوغ، وكونه فقيه النفس: أي: شديد الفهم بالطبع، وعلمه باللغة العربية وكونه حاوياً لكتاب الله تعالى فيما يتعلق بالأحكام، وعالماً بالحديث متناً وسنداً وناسخاً ومنسوخاً، وبالقياس. وهذه الشرائط في المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع الأحكام. وأما المجتهد في حكم دون حكم فعليه معرفة ما يتعلق بذلك الحكم، مثلاً كالاجتهاد في حكم متعلق بالصلاة لا يتوقف على معرفة جميع ما يتعلق بالنكاح اهـ. ومراد المصنف هنا الاجتهاد بالمعنى الأول. نهر. **قوله: (لتعذره)** أي: لأنه متعذر الوجود في كل زمن وفي كل بلد، فكان شرط الأولوية بمعنى أنه إن وجد فهو الأولى بالتولية، فافهم. **قوله: (على أنه)** متعلق بمحذوف: أي: قلنا بالتعذر في كل زمن بناء على أنه إلخ. **قوله: (عند الأكثر)** خلافاً لما قيل إنه لا يخلو عنه زمن، وتمام ذلك في كتب الأصول. **قوله: (فصح تولية العامي)** الأولى في التفريع **أن يقال**: فصح تولية المقلد(1) لأنه مقابل المجتهد، ثم إن المقلد يشمل العامي ومن له تأهل في العلم والفهم، وعين ابن الغرس الثاني **قال**: وأقله أن يحسن بعض الحوادث والمسائل الدقيقة، وأن يعرف طريق تحصيل الأحكام الشرعية من كتب المذهب، وصدور المشايخ وكيفية الإيراد، والإصدار في الوقائع والدعاوى والحجج، ونازعه في النهر ورجح أن المراد الجاهل لتعليلهم بقولهم لأن إيصال الحق إلى مستحقه يحصل بالعمل بفتوى غيره. **قال في الحواشي اليعقوبية**: إذ المحتاج إلى فتوى غيره هو من لا يقدر على أخذ المسائل من كتب الفقه وضبط أقوال الفقهاء اهـ. ونحوه في البحر عن العناية، وكذا رجحه ابن الكمال.

قلت: وفيه للبحث مجال، فإن المفتي عند الأصوليين هو المجتهد كما يأتي، فيصير المعنى أنه لا يشترط في القاضي أن يكون مجتهداً لأنه يكفيه العمل باجتهاد غيره، ولا يلزم من هذا أن

(1) **قال الرافعي: قوله: (الأولى في التفريع أن يقال: فصح تولية المقلد إلخ)** لما كان العامي محل الاشتباه في صحة توليته، ولذا قال ابن الفرس بعدمها، وكان مقابلاً للمجتهد في الجملة فرّعه على ما قبله مع فهم المقلد الغير العامي بالأولى، ولو ذكر المقلد بدله لربما ينصرف إلى المتأهل تأمل.

لكن في إيمان البزازية: المفتي يفتي بالديانة والقاضي يقضي بالظاهر، دل على أن الجاهل لا يمكنه القضاء بالفتوى أيضاً، فلا بد من كون الحاكم في الدماء والفروج عالماً ديناً كالكبريت الأحمر، وأين الكبريت الأحمر وأين العلم (ومثله) فيما ذكر (المفتي) وهو عند الأصوليين المجتهد، أما من يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفت وفتواه ليس بفتوى، بل هو نقل كلام كما بسطه ابن الهمام ....

يكون عامياً[1]، لكن قد يقال: إن الاجتهاد كما تعذر في القاضي تعذر في المفتي الآن، فإذا احتاج إلى السؤال عمن ينقل الحكم من الكتب يلزم أن يكون غير قادر على ذلك. تأمل. **قوله: (المفتي يفتي بالديانة)** مثلاً إذا قال رجل: قلت لزوجتي: أنت طالق قاصداً بذلك الإخبار كاذباً، فإن المفتي يفتيه بعدم الوقوع، والقاضي يحكم عليه بالوقوع لأنه يحكم بالظاهر؛ فإذا كان القاضي يحكم بالفتوى يلزم بطلان حكمه في مثل ذلك، فدل على أنه لا يمكنه القضاء بالفتوى في كل حادثة، وفيه نظر، فإن القاضي إذا سأل المفتي عن هذه الحادثة لا يفتيه بعدم الوقوع لأنه إنما سأله عما يحكم به، فلا بد أن يبين له حكم القضاء، فعلم أن ما في البزازية لا ينافي قولهم: يحكم بفتوى غيره. **قوله: (في الدماء والفروج)** أي: وفي الأموال، لكن خصهما بالذكر لأنه لا يمكن فيهما الاستباحة بوجه، بخلاف المال، ولقصد التهويل فإن الحاكم الذي مجرى أحكامه في ذلك لا بد أن يكون عالماً ديناً. **قوله: (كالكبريت الأحمر)** معدن عزيز الوجوه، والجار والمجرور متعلق بمحذوف على أنه حال أو خبر لمبتدأ محذوف. **قوله: (وأين العلم)** عبارة البزازية: وأين الذين والعلم.

مَطْلَبٌ : طَرِيقُ النَّقْلِ عَنِ الـمُجْتَهِدِ

قوله: (بل هو نقل كلام) وطريق نقله لذلك عن المجتهد أحد أمرين: إما أن يكون له سند فيه، أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدي نحو كتب محمد بن الحسن، ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين. لأنه بمنزلة الخبر المتواتر المشهور، وهكذا ذكر الرازي، فعلى هذا لو وجد بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عزو ما فيها إلى محمد ولا إلى أبي يوسف، لأنها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول. نعم إذا وجد النقل عن النوادر مثلاً في كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلاً على ذلك الكتاب. فتح. وأقرّه في البحر والنهر والمنح.

قلت: يلزم على هذا أن لا يجوز الآن النقل من أكثر الكتب المطولة من الشروح أو الفتاوى المشهورة أسماؤها، لكنها لم تتداولها الأيدي حتى صارت بمنزلة الخبر المتواتر المشهور لكونها

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ولا يلزم من هذا أن يكون عامياً إلخ) نعم لا يلزم منه ذلك بخصوصه، لكنه يشمله والمتأهل في العلم وهو المطلوب، فيتم حينئذ ما قاله غير ابن الغرس أيضاً.

(ولا يطلب القضاء) بقلبه (ولا يسأله بلسانه) في الخلاصة: طالب الولاية لا يولي إلا إذا تعين عليه القضاء ....

لا توجد إلا في بعض المدارس أو عند بعض الناس كالمبسوط والمحيط والبدائع، وفيه نظر، بل الظاهر أنه لا يلزم التواتر بل يكفي غلبة الظن بكون ذلك الكتاب هو المسمى بذلك الاسم بأن وجد العلماء ينقلون عنه، ورأى ما نقلوه عنه موجوداً فيه أو وجد منه أكثر من نسخة، فإنه يغلب على الظن أنه هو، ويدل على ذلك قوله: إما أن يكون له سند فيه: أي: فيما ينقله، والسند لا يلزم تواتره ولا شهرته، وأيضاً قدمنا أن القاضي إذا أشكل عليه أمر يكتب فيه إلى فقهاء مصر آخر وأن المشاورة بالكتاب سنة قديمة في الحوادث الشرعية، ولا شك أن احتمال التزوير في هذا الكتاب اليسير أكثر من احتماله في شرح كبير بخط قديم، ولا سيما إذا رأى عليه خط بعض العلماء، فيتعين الاكتفاء بغلبة الظن، لئلا يلزم هجر معظم كتب الشريعة من فقه وغيره، لا سيما في مثل زماننا، والله سبحانه أعلم. قوله: (ولا يطلب القضاء) لما أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث أنس قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ سأَلَ القَضَاءَ وُكِّلَ إِلَى نَفْسِهِ، وَمَنْ أُجْبِرَ عَلَيْهِ يَنْزِلُ إِلَيْهِ مَلَكٌ يُسَدِّدُهُ»[1] وأخرج البخاري: قال ﷺ: «يَا عَبْدَ الرَّحْمٰنِ بْنَ سَمُرَةَ لاَ تَسْأَلِ الإِمَارَةَ، فَإِنكَ إِنْ أُوتِيتَهَا عَنْ مَسْأَلَةٍ وُكِلْتَ إِلَيها، وَإِنْ أُوتِيتَهَا مِنْ غَيرِ مَسْأَلَةٍ أُعِنْتَ عَلَيْهَا»[2] وإذا كان كذلك وجب أن لا يحل له لأنه معلوم وقوع الفساد منه لأنه مخذول. فتح ملخصاً. قوله: (بقلبه) أراد بهذا أن يفرق بين الطلب والسؤال، فالأول للقلب والثاني للسان كما في المستصفى، وتمامه في النهر. قوله: (في الخلاصة إلخ) أفاد أنه كما لا يحل الطلب لا تحل التولية كما في النهر، وأن ذلك لا يختص بالقضاء بل كل ولاية ولو خاصة كولاية على وقف أو يتيم فهي كذلك كما في البحر. قوله: (إلا إذا تعين عليه القضاء إلخ) استثناء مما في المتن ومما في الخلاصة، أما إذا تعين بأن لم يكن أحد غيره يصلح للقضاء وجب عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين، ودفعاً لظلم الظالمين ولم أر حكم ما إذا تعين، ولم يولَ إلا بمال هل يحل بذله؟ وكذا لم أر جواز عزله، وينبغي أن يحل بذله للمال كما حل طلبه، وأن يحرم عزله حيث تعين، وأن لا يصح. بحر. قال في النهر: هذا ظاهر في صحة توليته، وإطلاق المصنف يعني قوله: ولو أخذ القضاء بالرشوة لا

---

(١) رواه أبو داود في كتاب: الأقضية، باب: في طلب القضاء والتسرع إليه. (الحديث: ٣٥٧٨). ورواه الترمذي في كتاب: الأحكام، باب: ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي. (الحديث: ١٣٢٣ ـ ١٣٢٤).

انظر جامع الأصول: ١٠/ ١٦٩ (٧٦٥٨).

(٢) رواه البخاري في كتاب: الأيمان والنذور، في فاتحة الكتاب. (الحديث: ٦٢٤٨): ٦/ ٢٤٤٣. ورواه مسلم في كتاب: الإمارة، باب: النهي عن طلب الإمارة والحرص عليها. (الحديث: ١٦٥٢).

أو كانت التولية مشروطة له، أو ادعى أن العزل من القاضي الأول بغير جنحة. نهر. قال: واستحب الشافعية والمالكية طلب القضاء لخامل الذكر لنشر العلم (ويختار المقلد (الأقدر والأولى به، ولا يكون فظاً غليظاً جباراً عنيداً) ....

يصير قاضياً يرده. وأما عدم صحة عزله فممنوع. قال في الفتح: للسلطان أن يعزل القاضي بريبة، وبلا ريبة ولا ينعزل حتى يبلغه العزل اهـ. نعم لو قيل لا يحل عزله في هذه الحالة لم يبعد كالوصي العدل اهـ.

قلت: وأيضاً حيث تعين عليه يخرج عن عهدة الوجوب بالسؤال[1] فإذا منعه السلطان أثم بالمنع، لأنه إذا منع الأولى وولى غيره يكون قد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين كما مر في الحديث، وإذا منعه لم يبق واجباً عليه، فبأيّ وجه يحل له دفع الرشوة. وقد قال بعض علمائنا: إن فرضية الحج تسقط بدفع الرشوة إلى الأعراب كما قدمناه في بابه، فهذا أولى كما لا يخفى. وأما صحة عزله فظاهرة لأنه وكيل عن السلطان، وإثمه بعزله لا يلزم منه عدم صحة العزل كالوصي العدل المنصوب من جهة القاضي، وأما المنصوب من جهة الميت، فالمعتمد عدم صحة عزله، لكن الفرق بينه وبين ما نحن فيه أن الوصي خليفة الميت فليس للقاضي عزله، وأما القاضي فهو خليفة عن السلطان وولايته مستمدة منه فله عزله كوصي القاضي، هذا ما ظهر لي. قوله: (أو كانت التولية مشروطة له) ذكره في النهر بحثاً معللاً بأنه حينئذ يطلب تنفيذ شرط الواقف اهـ.

قلت: وهذا في الحقيقة ليس طالباً من القاضي أن يوليه، لأنه متولّ بالشرط، بل يريد إثبات ذلك في وجه من يعارضه، ومثله وصيّ الميت إذا أراد إثبات وصايته، وبهذا سقط قوله في البحر: إن ظاهر كلامهم أنه لا تطلب التولية على الوقف ولو كانت بشرط الواقف له لإطلاقهم اهـ. قوله: (أو ادعى إلخ) أي: فإن له طلب العود من القاضي الجديد وحين ذلك يقول له القاضي: أثبت أنك أهل للولاية ثم يوليه نص عليه الخصاف. نهر. قوله: (لخامل الذكر) هو بالخاء المعجمة غير المشهور. قوله: (ويختار المقلد) بصيغة اسم الفاعل، وقدمنا قبيل قوله: «وشرط أهليتها» عن الفتح من له ولاية التقليد، والظاهر أن هذا الاختيار واجب لئلا يكون خائناً لله ورسوله وعامة المؤمنين كما مر في الحديث. قوله: (ولا يكون فظاً إلخ) الفظ: هو الجافي: سيىء الخلق، والغليظ: قاسي القلب، والجبار: من جبره على الأمر، بمعنى أجبره: أي: لا يجبر غيره على ما

(١) قال الرافعي: قوله: (قلت: وأيضاً حيث تعين عليه يخرج عن عهدة الوجوب بالسؤال إلخ) فيه تأمل، فإنه ليس أصل بحث «البحر» في أنه لا يخرج عن العهدة إلا ببذل المال، بل في حل بذله لأجل التقليد، وأنت خبير بأنهم جوزوا البذل لدفع الظلم الجزئي عن نفسه، فبالأولى أن يجوزوه لدفع الظلم العام الذي يترتب على تولية غير الأهل، وهذا ليس من الرشوة المحرمة على الدافع، وليست داخلة في قولهم: أخذ القضاء برشوة، إذ المراد المحرمة كما هو ظاهر.

لأنه خليفة رسول الله ﷺ، وفي إطلاق اسم خليفة الله خلاف تاترخانية (وكره) تحريماً (التقلد) أي: أخذ القضاء (لمن خاف الحيف) أي: الظلم (أو العجز) يكفي أحدهما في الكراهة. ابن كمال (وإن تعين له أو أمنه لا) يكره. فتح. ثم إن انحصر فرض عيناً وإلا كفاية. بحر (والتقلد رخصة) أي: مباح (والترك عزيمة عند العامة)

لا يريد، والعنيد: المعاند المجانب للحق المعادي لأهله. بحر عن مسكين. قوله: (لأنه خليفة رسول الله ﷺ) أي: في إمضاء الأحكام الشرعية. قوله: (أي أخذ القضاء) هذا يناسب كون العبارة التقلد. قال في البحر: وهما نسختان: أي: في الكنز التقليد: أي: النصب من السلطان، والتقلد: أي: قبول تقليد القضاء وهي الأولى اهـ. وهي التي شرح عليها المصنف وقال أيضاً إنها أولى.

قلت: ويمكن إرجاع الأولى إلى الثانية بتقدير مضاف: أي: قبول التقليد، وهو معنى قول الشارح: «أي أخذ القضاء». قوله: (لمن خاف الحيف) فلو كان غالب ظنه أنه يجوز في الحكم ينبغي أن يكون حراماً. بحر. قوله: (أو العجز) يحتمل أن يراد به العجز عن سماع دعاوى كل الخصوم بأن قدر على البعض فقط، وأن يراد العجز عن القيام بواجباته من إظهار الحقّ وعدم أخذه الرشوة، فعلى الأول هو مباين، وعلى الثاني أعم. تأمل. قوله: (ابن كمال) أي: نقلاً عن القدوري. قوله: (وإن تعين له) أي: مع خوف الحيف. قال في الفتح: ومحل الكراهة ما إذا لم يتعين عليه، فإن انحصر صار فرض عين عليه، وعليه ضبط نفسه، إلا إذا كان السلطان يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرّغ لذلك اهـ.

مَطْلَبٌ: لِلسُّلْطَانِ أَنْ يَقْضِيَ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ

وهذا صريح في أن للسلطان أن يقضي بين الخصمين، وقدمنا التصريح به عن ابن الغرس عند قوله: وحاكم. قال الرملي: وفي الخلاصة وفي النوازل: أنه لا ينفذ. وفي أدب القاضي للخصاف: ينفذ وهو الأصح. وقال القاضي الإمام: ينفذ، وهذا أصح، وبه يفتى اهـ.

تنبيه: لو تعين عليه هل يجبر على القبول لو امتنع؟ قال في البحر: لم أره، والظاهر نعم، وكذا جواز جبر واحد من المتأهلين اهـ. لكن صرح في الاختيار بأن من تعين له يفترض عليه ولو امتنع لا يجبر عليه. قوله: (والتقلد) أي: الدخول فيه عند الأمن وعدم التعين.

مَطْلَبٌ: مَا كَانَ فَرْضَ كِفَايَةٍ يَكُونُ أَدْنَى فِعْلِهِ النَّدْبُ

قوله: (والترك عزيمة إلخ) هو الصحيح كما في النهر عن النهاية، وبه جزم في الفتح معللاً بأن الغالب خطأ ظنّ من ظنّ من نفسه الاعتدال، فيظهر منه خلافه؛ وقيل إن الدخول فيه عزيمة والامتناع رخصة، فالأولى الدخول فيه. قال في الكفاية: فإن قيل: إذا كان فرض كفاية كان الدخول فيه مندوباً لما أن أدنى درجات فرض الكفاية الندب ما في صلاة الجنازة ونحوها. قلنا:

بزازية. فالأولى عدمه (ويحرم على غير الأهل الدخول فيه قطعاً) من غير تردد في الحرمة، ففيه الأحكام الخمسة (ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر) ولو كافراً. ذكره مسكين وغيره إلا إذا كان يمنعه عن القضاء بالحق فيحرم، ولو فقد وال

نعم كذلك، إلا أن فيه خطراً عظيماً وأمراً مخوفاً لا يسلم في بحره كل سابح، ولا ينجو منه كل طامح، إلا من عصمه الله تعالى وهو عزيز وجوده.

مَطْلَبٌ : أَبُو حَنِيفَةَ دُعِيَ إِلَى القَضَاءِ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ فَأَبَى

ألا ترى أن أبا حنيفة دعي إلى القضاء ثلاث مرات فأبى، حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطاً، فلما كان في المرة الثالثة قال: حتى أستشير أصحابي، فاستشار أبا يوسف فقال: لو تقلدت لنفعت الناس، فنظر إليه أبو حنيفة رحمه الله تعالى نظر المغضب وقال: أرأيت لو أمرت أن أعبر البحر سباحة أكنت أقدر عليه؟ وكأني بك قاضياً. وكذا دعي محمد رحمه الله إلى القضاء فأبى حتى قيد وحبس واضطر فتقلد اهـ. قوله: (ويحرم على غير الأهل) الظاهر: أنه ليس المراد بالأهل هنا ما مر في قوله: «وأهله أهل الشهادة» لأن المراد به من تصح توليته ولو فاسقاً أو جائراً أو جاهلاً مع قطع النظر عن حله أو حرمته، بل المراد به هنا ما مر في قوله: «وينبغي أن يكون موثوقاً به في عفافه وعقله إلخ» ويحتمل أن يراد به الجاهل. تأمل. وفي الفتح: وأخرج أبو داود عن بريدة عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «القُضَاةُ ثَلَاثَةٌ: اثْنَانِ فِي النَّارِ وَوَاحِدٌ فِي الجَنَّةِ: رجل عرف الحقّ فقضى به فهو في الجنة، ورَجل عَرَفَ الحَقَّ فَلَمْ يَقْضِ وَجَارَ فِي الحُكْمِ فَهُوَ فِي النَّارِ، وَرَجُلٌ لَمْ يَعْرِف الحَقَّ فَقَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ فَهُوَ فِي النَّارِ»[1]. قوله: (ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر) أي: الظالم، وهذا ظاهر في اختصاص تولية القضاء بالسلطان ونحوه كالخليفة، حتى لو اجتمع أهل بلدة على تولية واحد القضاء لم يصح، بخلاف ما لو ولوا سلطاناً بعد موت سلطانهم كما في البزازية. نهر. وتمامه فيه.

قلت: وهذا حيث لا ضرورة، وإلا فلهم تولية القاضي أيضاً كما يأتي بعده. قوله: (ولو كافراً) في التاترخانية: الإسلام ليس بشرط فيه: أي: في السلطان الذي يقلد، وبلاد الإسلام التي في أيدي الكفرة لا شك أنها بلاد الإسلام لا بلاد الحرب، لأنهم لم يظهروا فيها حكم الكفر والقضاة مسلمون والملوك الذين يطيعونهم عن ضرورة مسلمون، ولو كانت عن غير ضرورة منهم ففساق، وكل مصر فيه والٍ من جهتهم تجوز فيه إقامة الجمع والأعياد، وأخذ الخراج وتقليد القضاة وتزويج الأيامى لاستيلاء المسلم عليه، وأما إطاعة الكفر فذاك مخادعة. وأما بلاد عليها ولاة كفار فيجوز للمسلمين إقامة الجمع والأعياد، ويصير القاضي قاضياً بتراضي المسلمين،

(١) رواه أبو داود في كتاب: الأقضية، باب: في القاضي يخطىء (الحديث: ٣٥٧٣). ورواه الترمذي في كتاب: الأحكام، باب: ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي. (الحديث: ١٣٢٢): ٣/٦١٣، ورواه ابن ماجه في كتاب: الأحكام، باب: الحاكم يجتهد فيصيب الحق. (الحديث: ٢٣١٥): ٢/٧٧٦.

لغلبة كفار وجب على المسلمين تعيين والٍ وإمام للجمعة. فتح (ومن) سلطان الخوارج و(أهل البغي) وإذا صحت التولية صح العزل، وإذا رفع قضاء الباغي إلى قاضي العدل نفذه. وقيل لا، وبه جزم الناصحي (فإذا تقلد طلب ديوان قاض قبله)

فيجب عليهم أن يلتمسوا والياً مسلماً منهم اهـ. وعزاه مسكين في شرحه إلى الأصل، ونحوه في جامع الفصولين.

مَطْلَبٌ: فِي حُكْمِ تَوْلِيَةِ الْقَضَاءِ فِي بِلَادٍ تَغَلَّبَ عَلَيْهَا الْكُفَّارُ

وفي الفتح: وإذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقلد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة الآن، يجب على المسلمين أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه والياً فيولي قاضياً، ويكون هو الذي يقضي بينهم، وكذا ينصبوا إماماً يصلي بهم الجمعة اهـ. وهذا هو الذي تطمئن النفس إليه فليعتمد. نهر. والإشارة بقوله: «وهذا» إلى ما أفاده كلام الفتح من عدم صحة تقلد القضاء من كافر على خلاف ما مر عن التاترخانية[1]، ولكن إذا ولى الكافر عليهم قاضياً ورضيه المسلمون صحت توليته بلا شبهة. تأمل. ثم إن الظاهر أن البلاد التي ليست تحت حكم سلطان، بل لهم أمير منهم مستقل بالحكم عليهم بالتغلب أو باتفاقهم عليه ويكون ذلك الأمير في حكم السلطان فيصح منه تولية القاضي عليهم. قوله: (ومن سلطان الخوارج وأهل البغي) تقدم الفرق بينهما في باب البغاة. قوله: (صح العزل) فإذا ولى سلطان البغاة باغياً وعزل العدل ثم ظهرنا عليهم احتاج قاضي أهل العدل إلى تجديد التولية. نهر. قوله: (نفذه) أي: حيث كان موافقاً أو مختلفاً فيه كما في سائر القضاة، وهو مصرح به في فصول العمادي، ويدل بمفهومه على أن القاضي لو كان من البغاة فإن قضاياه تنفذ كسائر فساق أهل العدل، لأن الفاسق يصلح قاضياً في الأصح، وذكر في الفصول ثلاثة أقوال فيه: **الأول**: ما ذكرنا وهو المعتمد. **الثاني**: عدم النفاذ، فإذا رفع إلى العادل لا يمضيه. **الثالث**: حكمه حكم المحكم يمضيه لو وافق رأيه وإلا أبطله اهـ بحر. قوله: (وبه جزم الناصحي) لكن قد علمت ما هو المعتمد.

مَطْلَبٌ: فِي الْعَمَلِ بِالسِّجِلَّاتِ وَكُتُبِ الْأَوْقَافِ الْقَدِيمَةِ

قوله: (فإذا تقلد طلب ديوان قاض قبله) في القاموس: الديوان ويفتح: مجتمع الصحف، والكتاب يكتب فيه أهل الجيش وأهل العطية، وأول من وضعه عمر رضي الله تعالى عنه، جمعه دواوين ودياوين اهـ. فقوله مجتمع الصحف بمعنى قول الكنز: وهو الخرائط التي فيها السجلات والمحاضر وغيرها. والخرائط جمع خريطة شبه الكيس، وقول الشارح: «يعني السجلات» تفسير

(1) قال الرافعي: قوله: (على خلاف ما مر عن «التتارخانية») الظاهر أن ما في «الفتح» هو الشق الثاني في عبارة «التتارخانية» المذكور بقوله: وأما بلاد إلخ فلا مخالفة بين العبارتين، ثم إن صحة تولية الكافر لا تفيد صحة سلطنته خلافاً لما في «البحر» كما في السندي.

يعني السجلات (ونظر في حال المحبوسين) في سجن القاضي، وأما المحبوسون في

بالمعنى الثاني، وقول البحر تبعاً لمسكين إن ما في الكنز مجاز لأن الديوان نفس السجلات والمحاضر لا الكيس فيه نظر، فافهم. والسجل لغة: كتاب القاضي، والمحاضر جمع محضر. وفي الدرر: أن المحضر ما كتب فيه ما جرى بين الخصمين من إقرار أو إنكار والحكم ببينة أو نكول على وجه يرفع الاشتباه، وكذا السجل. والصك: ما كتب فيه البيع والرهن والإقرار وغيرها، والحجة والوثيقة يتناولان الثلاثة اهـ. والعرف الآن ما كتب في الواقعة وبقي عند القاضي وليس عليه خطه، والحجة ما عليه علامة القاضي أعلاه وخط الشاهدين أسفله وأعطي للخصم بحر ملخصاً. وإنما يطلبه لأن الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء، وما في يد الخصم لا يؤمن عليه التغيير بزيادة أو نقصان، ثم إن كانت الأوراق من بيت المال فلا إشكال في وجوب تسليمها إلى الجديد، وكذا لو من مال الخصوم أو من مال القاضي في الصحيح لأنهم وضعوها في يد القاضي لعمله، وكذا القاضي يحمل على أنه عمل ذلك تديناً لا تمولاً. وتمامه في الزيلعي.

تنبيه: مفاد قول الزيلعي: ليكون حجة عند الحاجة، ومثله في الفتح: أنه يجوز للجديد الاعتماد على سجل المعزول مع أنه يأتي أنه لا يعمل بقول المعزول. وفي الأشباه: لا يعتمد على الخط ولا يعمل بمكتوب الوقف الذي عليه خطوط القضاة الماضين. لكن قال البيري: المراد من قوله: لا يعتمد: أي: لا يقضي القاضي بذلك عند المنازعة، لأن الخط مما يزوّر ويفتعل كما في مختصر الظهيرية، وليس منه ما في الأجناس بنص، وما وجده القاضي بأيدي القضاة الذين كانوا قبله لها رسوم في دواوين القضاة أجريت على الرسوم الموجودة في دواوينهم، وإن كان الشهود الذين شهدوا عليها قد ماتوا. قال الشيخ أبو العباس: يجوز الرجوع في الحكم إلى دواوين من كان قبله من الأمناء اهـ: أي: لأن سجل القاضي لا يزوّر عادة، حيث كان محفوظاً عند الأمناء، بخلاف ما كان بيد الخصم. وقدمنا في الوقف عن الخيرية أنه إن كان للوقف كتاب في سجل القضاة وهو في أيديهم اتبع ما فيه استحساناً إذا تنازع أهله فيه، وصرح أيضاً في الإسعاف وغيره بأن العمل بما في دواوين القضاة استحسان، والظاهر: أن وجه الاستحسان ضرورة إحياء الأوقاف ونحوها عند تقادم الزمان، بخلاف السجل الجديد لإمكان الوقوف على حقيقة ما فيه بإقرار الخصم أو البينة، فلذا لا يعتمد عليه. وعلى هذا فقول الزيلعي: ليكون حجة عند الحاجة معناه: عند تقادم الزمان، وبهذا يتأيد ما قاله المحقق هبة الله البعلي في شرحه على الأشباه بعد ما مر عن البيري من أن هذا صريح في جواز العمل بالحجة، وإن ماتت شهودها حيث كان مضمونها ثابتاً في السجل المحفوظ اهـ. لكن لا بد من تقييده بتقادم العهد كما قلنا توفيقاً بين كلامهم، ويأتي تمام الكلام على الخط في باب كتاب القاضي، وانظر ما كتبناه في دعوى تنقيح الفتاوى الحامدية.

قوله: (ونظر في حال المحبوسين إلخ) بأن يبعث إلى السجن من يعدّهم بأسمائهم ثم يسأل عن سبب حبسهم، ولا بد أن يثبت عنده سبب وجوب حبسهم، وثبوته عند الأول ليس بحجة يعتمدها

سجن الوالي فعلى الإمام النظر في أحوالهم، فمن لزمه أدب أدّبه وإلاّ أطلقه، ولا يبيت أحداً في قيد إلا رجلاً مطلوباً بدم، ونفقة من ليس له مال في بيت المال. بحر (فمن أقرّ) منهم (بحق أو قامت عليه بينة ألزمه) الحبس. ذكره مسكين. وقيل الحق (وإلا نادى عليه) بقدر ما يرى ثم أطلقه بكفيل بنفسه، فإن أبى نادى عليه شهراً ثم أطلقه (وعمل في الودائع وغلات الوقف ببينة أو إقرار) ذي اليد (ولم يعمل) المولّى (بقول المعزول) لالتحاقه بالرعايا وشهادة الفرد لا تقبل خصوصاً بفعل نفسه. درر. ومفاده ردها ولو مع آخر. نهر.

قلت: لكن أفتى قارىء الهداية بقبولها، وتبعه ابن نجيم، فتنبه (إلا أن يقرّ ذو

الثاني في حبسهم، لأن قوله: لم يبق حجة، كذا في الفتح. نهر. **قوله: (وإلا أطلقه)** أي: إن لم يكن له قضية، وعبارة النهر عن كتاب الخراج لأبي يوسف: فمن كان منهم من أهل الدعارة والتلصص والجنايات ولزمه أدب أدبه، ومن لم يكن له قضية خلي سبيله. **قوله: (أو قامت عليه بينة)** أعم من أن تشهد بأصل الحق أو بحكم القاضي عليه. بحر. **قوله: (ألزمه الحبس)** أي: أدام حبسه. بحر. **قوله: (وقيل الحق)** قائله في الفتح **حيث قال**: من اعترف بحق ألزمه إياه ورده إلى السجن، واعترضه في البحر: بأنه لو اعترف بأنه أقرّ عند المعزول بالزنى لا يعتبر لأنه بطل، بل يستقبل الأمر فإن أقر أربعاً في أربعة مجالس حده اهـ. وفيه أن المتبادر من الحق حق العبد. **قوله: (وإلا)** أي: وإن لم يقر بشيء ولم تقم عليه بينة بل ادعى أنه حبس ظلماً. نهر. **قوله: (نادى عليه) ويقول المنادي**: من كان يطالب فلان بن فلان الفلاني بحق فليحضر. زيلعي. **قوله: (فإن أبى)** عن إعطاء الكفيل وقال: لا كفيل لي. بحر. **قوله: (نادى عليه شهراً)** أي: يستأنفه بعد مدة المناداة الأولى. **قوله: (في الودائع)** أي: ودائع اليتامى. نهر. **قوله: (ببينة)** أي: يقيمها الوصي مثلاً على من هي تحت يده أنها ليتيم فلان أو ناظر الوقف أن هذه الغلة لوقف فلان، وكأنه مبني على عرفهم من أن الكل تحت يد أمين القاضي، وفي زماننا أموال الأوقاف تحت يد نظارها وودائع اليتامى تحت يد الأوصياء، ولو فرض أن المعزول وضع ذلك تحت يد أمين عمل القاضي بما ذكر. نهر. **قوله: (المولّى)** بتشديد اللام المفتوحة: أي: القاضي الجديد. **قوله: (درر)** ومثله في الهداية وغيرها. **قوله: (ومفاده)** أي: مفاد **قوله: (خصوصاً بفعل نفسه)** وأصل البحث لصاحب البحر، وقد رأيته صريحاً في كافي الحاكم ونصه: وإذا عزل عن القضاء ثم قال كنت قضيت لهذا على هذا بكذا وكذا لم يقبل قوله فيه، وإن شهد مع آخر لم تقبل شهادته حتى يشهد شاهدان سواه اهـ. ومثله في القهستانيّ عن المبسوط. **قوله: (وتبعه ابن نجيم)** أي: في فتاواه، وأما ما ذكره في بحره فقد علمت موافقته لما في النهر، وعبارة فتاواه التي رتبها له تليمذه المصنف هكذا: سئل عن الحاكم إذا أخبر حاكماً آخر بقضية هل يكتفي بإخباره، ويسوغ له الحكم بذلك أم

اليد أنه) أي: المعزول **(سلمها)** أي: الودائع والغلات **(إليه فيقبل قوله فيهما)** أنها لزيد، إلا إذا بدأ ذو اليد بالإقرار للغير ثم أقر بتسليم القاضي إليه فأقر القاضي بأنها لآخر فيسلم للمقر له الأول ويضمن المقر قيمته أو مثله للقاضي بإقراره الثاني يسلمه لمن أقر له القاضي **(ويقضي في المسجد)** ويختار مسجداً في وسط البلد تيسيراً للناس

لا بدّ من شاهد آخر معه؟ أجاب: لا يكتفي بإخباره ولا بد من شاهد آخر معه. **قال المرتب لهذه الفتاوى:** وقد تبع شيخنا في ذلك ما أفتى به الشيخ سراج الدين قارىء الهداية، ولا شك أن هذا قول محمد، وأن الشيخين قالا بقبول إخباره عن إقراره بشيء مطلقاً إذا كان لا يصح رجوعه عنه، ووافقهما محمد ثم رجع عنه **وقال:** لا يقبل إلا بضم رجل آخر عدل إليه، وهو المراد بقول: من روى عنه أنه لا يقبل مطلقاً، ثم صح رجوعه إلى قولهما كما في البحر، **ثم قال:** وأما إذا أخبر القاضي بإقراره عن شيء يصح رجوعه كالحد لم يقبل قوله بالإجماع، وإن أخبر عن ثبوت الحق بالبينة فقال: قامت بذلك بينة وعدلوا وقبلت شهادتهم على ذلك يقبل في الوجهين جميعاً، انتهى كلامه. انتهى ما في الفتاوى.

أقول: وحاصله: أن القاضي لو أخبر عن إقرار رجل بما لا يصح رجوعه عنه كبيع أو قرض مثلاً يقبل عندهما مطلقاً، ووافقهما محمد أولاً ثم رجع **وقال:** لا يقبل ما لم يشهد معه آخر، ثم صح رجوعه إلى قولهما بالقبول مطلقاً كما لو أخبر عن حكمه بثبوت حق بالبينة، فعلى هذا لم يبق خلاف في قبول قول القاضي، ولا يخفى أن كلامنا في المعزول وهذا في المولى كما يعلم من شرح أدب القضاء وكذا مما سيأتي قبيل كتاب الشهادات عند قوله: «ولو قال قاض عدل: قضيت على هذا بالرجم إلخ» وبه يشعر أصل السؤال حيث عبر بالحاكم وعبارة قارىء الهداية كذلك، وبه علم أن الاستدراك على ما في النهر في غير محله. **قوله: (فيقبل قوله)** أي: قول المعزول، وشمل ثلاث صور: ما إذا قال ذو اليد بعد إقراره بتسليم القاضي المعزول إليه: إنها لزيد الذي أقر له المعزول، أو قال: إنها لغيره، أو قال: لا أدري. لأنه في هذه الثلاث ثبت بإقراره أنه مودع المعزول، ويد المودع كيده فصار كأنه في يد المعزول فيقبل إقراره به كما في الزيلعي، بخلاف ما إذا أنكر ذو اليد التسليم فإنه لا يقبل قول المعزول كما في البحر. **قوله: (فيسلم للمقر له الأول)** لأنه لما بدأ بالإقرار صح إقراره ولزم لأنه أقر بما هو في يده، فلما قال دفعه إليّ القاضي فقد أقر أن اليد كانت للقاضي، والقاضي يقر به لآخر فيصير هو بإقراره متلفاً لذلك على من أقر له القاضي. فتح. **ثم قال:** فرع يناسب هذا؟ لو شهد شاهدان أن القاضي قضى لفلان على فلان بكذا وقال القاضي: لم أقض بشيء لا تجوز شهادتهما عندهما ويعتبر قول القاضي. وعند محمد: تقبل وينفذ ذلك اهـ. وقدمنا عن البحر أنه في جامع الفصولين رجح قول محمد لفساد الزمان. **قوله: (ويقضي في المسجد)** وبه قال أحمد ومالك في الصحيح عنه خلافاً للشافعي له أن القضاء يحضره المشرك وهو نجس بالنص، وقد أطال في الفتح في الاستدلال للمذهب ثم قال: وأما نجاسة

ويستدبر القبلة كخطيب ومدرّس. خانية. وأجرة المحضر على المدعي هو الأصح. بحر عن البزازية. وفي الخانية. على المتمرد وهو الصحيح، وكذا السلطان والمفتي والفقيه (أو) في (داره) ويأذن عموماً (ويرد هدية) التنكير للتقليل. ابن كمال. ..

المشرك ففي الاعتقاد على معنى التشبيه، والحائض يخرج إليها أو يرسل نائبه كما لو كانت الدعوى في دابة، وتمام الفروع فيه وفي البحر. قوله: (ويستدبر) أي: ندباً كما في الذي قبله ط.

مَطْلَبٌ: فِي أُجْرَةِ المُحْضِرِ

قوله: (وأجرة المحضر إلخ) بضم أوله وكسر ثالثه: هو من يحضر الخصم، وعبارة البحر هكذا. وفي البزازية: ويستعين بأعوان الوالي على الإحضار وأجرة الأشخاص في بيت المال، وقيل على المتمرد في المصر من نصف درهم إلى درهم، وفي خارجه لكل فرسخ ثلاثة دراهم أو أربعة، وأجرة الموكل على المدعي وهو الأصحّ. وفي الذخيرة: أنه المشخص وهو المأمور بملازمة المدعى عليه اهـ. والإشخاص بالكسر بمعنى الإحضار، فقد فرق بين المحضر وبين الملازم، وهذا غير ما نقله الشارح، فتأمل. وفي منية المفتي: مؤنة المشخص قيل في بيت المال، وفي الأصح على المتمرد اهـ. وهذا ما في الخانية.

والحاصل: أن الصحيح أن أجرة المشخص بمعنى الملازم على المدعي، وبمعنى الرسول المحضر على المدعى عليه لو تمرد بمعنى امتنع عن الحضور، وإلا فعلى المدعي. هذا خلاصة ما في شرح الوهبانية. قوله: (أو في داره) لأن العبادة لا تتقيد بمكان، والأولى أن تكون الدار في وسط البلد كالمسجد. نهر.

مَطْلَبٌ: فِي هَدِيَّةِ القَاضِي

قوله: (ويرد هدية) الأصل في ذلك ما في البخاري، عن أبي حميد الساعديّ قال: «استعمل النبي ﷺ رجلاً من الأزد يقال له ابن اللتبية على الصدقة، فلما قدم قال: هذا لكم وهذا لي، قال عليه الصلاة والسلام: هلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى له أم لا»[١] قال عمر بن عبد العزيز: كانت الهدية على عهد رسول الله ﷺ هدية واليوم رشوة. ذكره البخاري. واستعمل عمر أبا هريرة فقدم بمال، فقال له: أين لك هذا، قال: تلاحقت الهدايا، فقال له عمر: أي: عدوّ الله هلا قعدت في بيتك فتنظر أيهدى لك أم لا؟ فأخذ ذلك منه، وجعله في بيت المال. وتعليل النبي ﷺ دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية. فتح. قال في البحر: وذكر الهدية ليس احترازياً، إذ يحرم عليه الاستقراض والاستعارة ممن يحرم عليه قبول هديته كما في الخانية اهـ.

---

(١) رواه البخاري في كتاب: الحيل، باب: احتيال العامل يهدى له. (١٢/٣٠٦ ـ ٣٠٧). ورواه مسلم في كتاب: الإمارة، باب: تحريم هدايا العمال (الحديث: ١٨٣٢). ورواه أبو داود في كتاب: الإمارة، باب: في هدايا العمال (الحديث: ٢٩٤٦). جامع الأصول: ٤/٦٤٦. (٢٧٣٦).

وهي ما يعطى بلا شرط إعانة، بخلاف الرشوة. ابن ملك. ولو تأذى المهدي بالرد يعطيه مثل قيمتها. خلاصة. ولو تعذر الرد لعدم معرفته أو بعد مكانه وضعها في بيت المال، ومن خصوصياته عليه الصلاة والسلام أن هداياه له. تاترخانية. ومفاده أنه ليس للإمام قبول الهدية وإلا لم تكن خصوصية، وفيها يجوز للإمام والمفتي والواعظ

قلت: ومقتضاه: أنه يحرم عليه سائر التبرعات، فتحرم المحاباة أيضاً ولذا قالوا له: أخذ أجرة كتابة الصك بقدر أجر المثل، فإن مفاده أنه لا يحل له أخذ الزيادة لأنها محاباة، وعلى هذا فما يفعله بعضهم من شراء الهدية بشيء يسير أو بيع الصك بشيء كثير لا يحل، وكذا ما يفعله بعضهم حين أخذ المحصول من أنه يبيع به الدافع دواة أو سكيناً أو نحو ذلك لا يحل، لأنه إذا حرم الاستقراض والاستعارة فهذا أولى. **قوله:** (وهي إلخ) عزاه في الفتح إلى شرح الأقطع.

قوله: (وضعها في بيت المال) أي: إلى أن يحضر صاحبها فتدفع له بمنزلة اللقطة كما في الفتح.

قوله: (وفيها إلخ) أي: في التاترخانية، وهذا مخالف لما ذكره أولاً فيها في حق الإمام، ويؤيد الأول ما مر عن الفتح من أن تعليل النبي ﷺ دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية، وكذا قوله: وكل من عمل للمسلمين عملاً حكمه في الهدية حكم القاضي اهـ.

مَطْلَبٌ : فِي حُكْمِ الْهَدِيَّةِ لِلْمُفْتِي

واعترضه في البحر بما ذكره الشارح عن التاترخانية وبما في الخانية من أنه يجوز للإمام والمفتي قبول الهدية وإجابة الدعوة الخاصة، ثم قال: إلا أن يراد بالإمام إمام الجامع: أي: وأما الإمام بمعنى الوالي فلا تحل له الهدية فلا منافاة، وهذا هو المناسب للأدلة ولأنه رأس العمال. **قال في النهر:** والظاهر: أن المراد بالعمل ولاية ناشئة عن الإمام أو نائبه كالساعي والعاشر اهـ.

قلت: ومثلهم مشايخ القرى والحرف وغيرهم ممن لهم قهر وتسلط على من دونهم، فإنه يهدى إليهم خوفاً من شرهم أو ليروج عندهم، وظاهر قوله: «ناشئة عن الإمام إلخ» دخول المفتي إذا كان منصوباً من طرف الإمام أو نائبه، لكنه مخالف لإطلاقهم جواز قبول الهدية له، وإلا لزم كون إمام الجامع والمدرس المنصوبين من طرف الإمام كذلك، إلا أن يفرق بأن المفتي يطلب منه المهدي المساعدة على دعواه ونصره على خصمه فيكون بمنزلة القاضي، لكن يلزم من هذا الفرق أن المفتي لو لم يكن منصوباً من الإمام يكون كذلك فيخالف ما صرحوا به من جوازها للمفتي، فإن الفرق بينه وبين القاضي واضح، فإن القاضي ملزم وخليفة عن رسول الله ﷺ في تنفيذ الأحكام، فأخذه الهدية يكون رشوة على الحكم الذي يؤمله المهدي ويلزم منه بطلان حكمه، والمفتي ليس كذلك، وقد يقال: إن مرادهم بجوازها للمفتي إذا كانت لعلمه لا لإعانته للمهدي بدليل التعليل الذي نقله الشارح، فإذا كانت لإعانته صدق عليه حدّ الرشوة، لكن المذكور في

قبول الهدية لأنه إنما يهدي إلى العالم لعلمه، بخلاف القاضي **(إلا من)** أربع: السلطان والباشا. أشباه وبحر. و**(قريبه)** المحرم **(أو ممن جرت عادته بذلك)** بقدر

حدّها شرط الإعانة. وقدمنا عن الفتح عن الأقضية أنه لو أهداه ليعينه عند السلطان بلا شرط لكن يعلم يقيناً أنه إنما يهدي ليعينه فمشايخنا على أنه لا بأس به إلخ. وهذا يشمل ما إذا كان من العمال أو غيرهم.

وعن هذا قال في جامع الفصولين: القاضي لا يقبل الهدية من رجل لو لم يكن قاضياً لا يهدى إليه ويكون ذلك بمنزلة الشرط، ثم قال أقول: يخالفه ما ذكر في الأقضية إلخ.

قلت: والظاهر عدم المخالفة، لأن القاضي منصوص على أنه لا يقبل الهدية على التفصيل الآتي، فما في الأقضية مفروض في غيره، فيحتمل أن يكون المفتي مثله في ذلك ويحتمل أن لا يكون، والله سبحانه أعلم بحقيقة الحال. ولا شك أن عدم القبول هو المقبول. ورأيت في حاشية شرح المنهج للعلامة محمد الداودي الشافعي ما نصه: قال ع ش: ومن العمال مشايخ الأسواق والبلدان ومباشرو الأوقاف، وكل من يتعاطى أمراً يتعلق بالمسلمين انتهى. قال م ر في شرحه: ولا يلحق بالقاضي فيما ذكر المفتي والواعظ ومعلم القرآن والعلم، لأنهم ليس لهم أهلية الإلزام، والأولى في حقهم إن كانت الهدية لأجل ما يحصل منهم من الإفتاء والوعظ والتعليم عدم القبول ليكون علمهم خالصاً لله تعالى، وإن أهدى إليهم تحبباً وتودداً لعلمهم وصلاحهم فالأولى القبول. وأما إذا أخذ المفتي الهدية ليرخص في الفتوى: فإن كان بوجه باطل فهو رجل فاجر يبدل أحكام الله تعالى ويشتري بها ثمناً قليلاً، وإن كان بوجه صحيح فهو مكروه كراهة شديدة انتهى هذا كلامه وقواعدنا لا تأباه، ولا حول ولا قوة إلا بالله. وأما إذا أخذ لا ليرخص له بل لبيان الحكم الشرعي، فهذا ما ذكره أولاً، وهذا إذا لم يكن بطريق الأجرة بل مجرد هدية، لأن أخذ الأجرة على بيان الحكم الشرعي لا يحل عندنا، وإنما يحل على الكتابة لأنها غير واجبة عليه، والله سبحانه أعلم. **قوله: (السلطان والباشا)** عزاه في الأشباه إلى تهذيب القلانسي. **قال الحموي:** وفيه قصور، إذ لا يشمل القاضي الذي يتولى منه، وهو قاضي العسكر لقضاة الأقطار. وعبارة القلانسي: ولا يقبل الهدية إلا من ذي رحم محرم أو والٍ يتولى الأمر منه أو وال مقدّم الولاية على القضاء، ومعناه: أنه يقبل الهدية من الوالي الذي تولى القضاء منه وكذا من وال مقدّم عليه في الرتبة، فإنه يشمل القاضي الذي تولى منه والباشا، ووجهه: أن منع قبولها إنما هو للخوف من مراعاته لأجلها، وهو إن راعى الملك ونائبه لم يراعه لأجلها. **قوله: (المحرم)** هذا القيد لا بد منه ليخرج ابن العمّ. نهر. **قوله: (أو ممن جرت عادته بذلك)** قال في الأشباه: ولم أر بماذا تثبت العادة ونقل الحموي عن بعضهم: أنها تثبت بمرة، ثم إن ظاهر العطف أن قبولها من

عادته ولا خصومة لهما. درر (و) يرد إجابة (دعوة خاصة وهي التي لا يتخذها صاحبها لولا حضور القاضي) ولو من محرم ومعتاد. وقيل هي كالهدية. وفي السراج وشرح المجمع: ولا يجيب دعوة خصم وغير معتاد ولو عامّة للتهمة (ويشهد الجنازة

القريب غير مقيد بجري العادة منه، وهو ظاهر إطلاق القدوري والهداية. وفي النهاية عن شيخ الإسلام أنه قيد فيه أيضاً، وتمامه في النهر. قوله: (بقدر عادته) فلو زاد لا يقبل الزيادة. وذكر فخر الإسلام: إلا أن يكون مال المهدي قد زاد، فبقدر ما زادماله إذا زاد في الهدية لا بأس بقبولها. فتح. قال في الأشباه: وظاهر كلامه: أنه زاد في القدر، فلو في المعنى كأن كانت عادته إهداء ثوب كتان فأهدى ثوباً حريراً لم أره لأصحابنا، وينبغي وجوب رد الكل لا بقدر ما زاد في قيمته لعدم تميزها، ونظر فيه في حواشي الأشباه.

تنبيه في الفتح: ويجب أن تكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضي إن كان المستقرض له عادة قبل استقراضه فللمقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة اهـ.

قال في البحر: وهو سهو، والمنقول كما قدمناه آخر الحوالة أنه يحل حيث لم يكن مشروطاً مطلقاً اهـ. وأجاب المقدسي بأن كلام المحقق في الفتح مبني على مقتضى الدليل. قوله: (ولا خصومة لهما) فإن قبلها بعد انقطاع الخصومة جاز. ابن ملك. وذكره في النهر بحثاً. وفي ط عن الحموي: إلا أن يكون ممن لا تتناهى خصوماته كنظار الأوقاف ومباشريها اهـ.

قال في البحر: والحاصل: أن من له خصومة لا يقبلها مطلقاً؛ ومن لا خصومة له: فإن كان له عادة قبل القضاء قبل المعتاد، وإلا فلا اهـ. أي: سواء كان محرماً أو غيره على ما مر عن شيخ الإسلام. قوله: (دعوة خاصة) الدعوة إلى الطعام بفتح الدال عند أكثر العرب وبعضهم يكسرها كما في المصباح، فلو عامة له حضورها لولا خصومة لصاحبها كما في الفتح. قوله: (وهي إلخ) هذا هو المصحح في تفسيرها، وقيل العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة. وقيل إن كانت لخمسة إلى عشرة فخاصة، وإن لأكثر فعامة، وتمامه في البحر والنهر. قوله: (وقيل هي كالهدية) ظاهر الفتح اعتماده، فإنه قال بعد كلام: فقد آل الحال إلى أنه لا فرق بين القريب والغريب في الهدية والضيافة، وكذا قال في البحر: الأحسن أن يقال: ولا يقبل هدية ودعوة خاصة إلا من محرم أو ممن له عادة، فإن للقاضي أن يجيب الدعوة الخاصة من أجنبي له عادة باتخاذها كالهدية، فلو كان من عادته الدعوة له في كل شهر مرة فدعاه كل أسبوع بعد القضاء لا يجيبه، ولو اتخذ له طعاماً أكثر من الأول لا يجيبه إلا أن يكون ماله قد زاد، كذا في التاترخانية اهـ. قوله: (ولا يجيب دعوة خصم) هو ما ذكره في شرح المجمع لابن ملك، وقدّمناه عن الفتح، وقوله: (وغير معتاد) هو ما ذكره في السراج كما عزاه إليه المصنف في المنح، وهذا لا يناسب القيل

ويعود المريض) إن لم يكن لهما ولا عليهما دعوى. شرنبلالية عن البرهان **(ويسوي)** وجوباً **(بين الخصمين جلوساً وإقبالاً وإشارة ونظراً، ويمتنع من مسارّة أحدهما والإشارة إليه)** ورفع صوته عليه **(والضحك في وجهه)** وكذا القيام له بالأولى **(وضيافته)** نعم لو فعل ذلك معهما معاً جاز. نهر ....

المذكور قبله[1]، لأنه يلزم أن تكون العامة كالخاصة، وهو خلاف تقييدهم المنع بالخاصة فقط. تأمل. **قوله: (ويعود المريض)** إلا أنه لا يطيل المكث عنده بحر. **قوله: (إن لم يكن لهما ولا عليهما دعوى)** الذي في الفتح وغيره الاقتصار على ذكر المريض[2]. تأمل. **قوله: (ويسوّي وجوباً بين الخصمين إلخ)** إطلاقه يعمّ الصغير والكبير والخليفة والرعية والدنيء والشريف والأب والابن والمسلم والكافر، إلا إذا كان المدعى عليه هو الخليفة ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه، وأن يجلسه مع خصمه، ويقعد هو على الأرض ثم يقضي بينهما، ولا ينبغي أن يجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره، لأن لليمين فضلاً ولذا كان النبي ﷺ يخص به الشيخين، بل المستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه كالمتعلم بين يدي معلمه، ويكون بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحوهما، ولا يمكنهما من التربع ونحوه[3]، ويكون أعوانه قائمة بين يديه. وأما قيام الأخصام بين يديه فليس معروفاً، وإنما حدث لما فيه من الحاجة إليه والناس مختلفو الأحوال والأدب، وقد حدث في هذا الزمان أمور وسفهاء، فيعمل القاضي بمقتضى الحال، كذا في الفتح. يعني فمنهم من لا يستحق الجلوس بين يديه ومنهم من يستحق، فيعطي كل إنسان ما يستحقه. بقي ما لو كان أحدهما يستحقه دون الآخر وأبى الآخر إلا القيام لم أر المسألة، وقياس ما في الفتح أن القاضي لا يلتفت إليه[4]. نهر. **قوله: (وإقبالاً)** أي: نظراً. قهستاني. والأولى تفسيره بالتوجه إليه صورة أو معنى لئلا يتكرر بما بعده. **قوله: (ويمتنع من مسارّة أحدهما)** أي: يجتنب التكلم معه خفية، وكذا القائم بين يديه كما في الولوالجية، وهو الجلواز الذي يمنع الناس من التقدم إليه بل يقيمهم بين يديه على البعد ومعه سوط والشهود يقربون. نهر. **قوله: (والإشارة إليه)** مستدرك بما قبله ط. **قوله: (ورفع صوته عليه)** ينبغي أن يستثني ما لو كان بسبب كإساءة أدب ونحوه. **قوله: (لو فعل ذلك)** أي: الضيافة.

(1) **قال الرافعي: قوله: (وهذا لا يناسب القيل المذكور قبله إلخ)** بل هو قول آخر مقابل للقولين قبله.

(2) **قال الرافعي: قوله: (الذي في «الفتح» وغيره الاقتصار على ذكر المريض)** لكن حيث صرح في البرهان بحكم المسألة وجعل حكم الميت والمريض واحداً يلزم اتباعه.

(3) **قال الرافعي: قوله: (ولا يمكنهما من التربع ونحوه)** كالإقعاء والاحتباء بل يجثوان كما في «البزازية».

(4) **قال الرافعي: قوله: (وقياس ما في «الفتح» أن القاضي لا يلتفت إليه)** بل مقتضى ما فيه أنه يعطي كل واحد منهما ما يستحقه، وإن لم يحصل إباء بناء على ما فسر به كلامه، وفيه تأمل.

(ولا يمزح) في مجلس الحكم (مطلقاً) ولو لغيرهما لذهابه بمهابته (ولا يلقنه حجته) وعن الثاني: لا بأس به. عيني (ولا) يلقن (الشاهد شهادته) واستحسنه أبو يوسف فيما لا يستفيد به زيادة علم، والفتوى على قوله فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته. بزازية. في الولوالجية: حكي أن أبا يوسف وقت موته قال: اللهم إنك تعلم أني لم أمل إلى أحد الخصمين حتى بالقلب إلا في خصومة نصراني مع الرشيد لم أسوّ بينهما وقضيت على الرشيد، ثم بكى. اهـ.

وقال في النهر أيضاً: وقياسه أنه لو سارّهما أو أشار إليهما معاً جاز[1]. قوله: (ولا يمزح) أي: يداعب في الكلام من باب نفع. قوله: (في مجلس الحكم) أما في غيره فلا يكثر منه لأنه يذهب بالمهابة. بحر. قوله: (عيني) عبارته: وعن الثاني في رواية والشافعي في وجه: لا بأس بتلقين الحجة اهـ. وظاهره ضعفها. بل ظاهر الفتح أن هذا في تلقين الشاهد لا الخصم كما يأتي. نعم في البحر عن الخانية: ولو أمر القاضي رجلين ليعلماه الدعوى والخصومة فلا بأس به خصوصاً على قول أبي يوسف. قوله: (واستحسنه أبو يوسف) قال في الفتح، وعن أبي يوسف وهو وجه للشافعي: لا بأس به لمن استولته الحيرة أو الهيبة فترك شيئاً من شرائط الشهادة فيعينه بقوله: أتشهد بكذا وكذا بشرط كونه في غير موضع التهمة، أما فيها بأن ادعى المدعي ألفاً وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بألف فيقول القاضي[2]: يحتمل أنه أبرأ من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علماً فوفق به في شهادته كما وفق القاضي، فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين أحد الخصمين اهـ ثم ذكر أن ظاهر الهداية ترجيح قول أبي يوسف اهـ.

وحكاية الرواية في تلقين الشاهد والاتفاق في تلقين أحد الخصمين ينفي ما مرّ عن العيني. تأمل. قوله: (لزيادة تجربته) قدمنا عن الكفاية أن محمداً تولى القضاء أيضاً، وذكر عبد القادر في طبقاته أن الرشيد ولاه قضاء الرقة ثم عزله وولاه قضاء الري اهـ. والظاهر: أن مدته لم تطل، ولذا لم يشتهر بالقضاء كما اشتهر أبو يوسف، فلم يحصل له من التجربة ما حصل لأبي يوسف، لأنه كان قاضي المشرق والمغرب وزيادة التجربة تفيد زيادة علم. قال الحمويّ: قال مجد الأئمة الترجمانيّ: والذي يؤيده ما ذكره في الفتاوى أن أبا حنيفة كان يقول: الصدقة أفضل من حجّ التطوع، فلما حج وعرف مشاقه رجع وقال: الحج أفضل اهـ. قوله: (حتى بالقلب) أي: لم

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وقياسه أنه لو سارّهما أو أشار إليهما معاً جاز) فيه أن الإشارة لا تنحصر في كيفية واحدة، وقد يتوهم أحدهما من الإشارة لصاحبه ما لا يتوهم الآخر، وكذا المسارّة بالأولى، نعم لو سارّهما معاً انتفى الوهم اهـ. سندي.

(2) قال الرافعي: قوله: (أما فيها بأن ادعى المدعي ألفاً وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بألف فيقول القاضي إلخ) كذا عبارة «الفتح»، ولا يظهر تصوير المسألة بما قاله، وإنما يظهر بما إذا ادعى ألفاً والشاهد يشهد بألف وخمسمائة، فقال القاضي: يحتمل أنه أبرأه إلخ.

قلت: ومفاده أن القاضي يقضي على من ولاه. وفي الملتقى: ويصح لمن ولاه وعليه، وسيجيء.

فروع: في البدائع من جملة أدب القاضي أنه لا يكلم أحد الخصمين بلسان لا يعرفه الآخر.

وفي التاترخانية: والأحوط أن يقول للخصمين: أحكم بينكما، حتى إذا كان في التقليد خلل يصير حكماً بتحكيمهما.

قضى بحق ثم أمره السلطان بالاستئناف بمحضر من العلماء لم يلزمه. بزازية.

طلب المقضيّ عليه نسخة السجل من المقضيّ له ليعرضه على العلماء أهو صحيح أم لا؟ فامتنع، ألزمه القاضي بذلك. جواهر الفتاوى. وفي الفتح: متى أمكن إقامة الحق بلا إيغار صدور كان أولى.

وهل يقبل قصص الخصوم إن جلس للقضاء؟ لا، وإلا أخذها، ولا يأخذ بما فيها إلا إذا أقرّ بلفظه صريحاً.

يحصل منه ميل قلبه إلى عدم التسوية بين الخصمين بقرينة الاستثناء. قوله: (قلت ومفاده إلخ) قال في الفتح: والدليل عليه قضية شريح مع عليّ، فإنه قام وأجلس علياً مجلسه اهـ. قوله: (وسيجيء) أي: في آخر باب كتاب القاضي. قوله: (بلسان لا يعرفه الآخر) لأنه كالمسارّة. قوله: (أحكم بينكما) أي: ويقولان: نعم احكم بيننا. قوله: (لم يلزمه) أفاد أنه لو استأنف براءة لعرضه لا بأس به. قوله: (نسخة السجل) أي: كتاب القاضي الذي فيه حكمه المسمى الآن بالحجة. قوله: (ألزمه القاضي بذلك) الظاهر: أن الإشارة للعرض على العلماء، لأن السجل: أي: الحجة لو كان ملكه لا يلزمه دفعه للمقضيّ عليه. تأمل. قوله: (وفي الفتح إلخ) حيث قال: وفي المبسوط ما حاصله: أنه ينبغي للقاضي أن يعتذر للمقضيّ عليه ويبين له وجه قضائه ويبين له أنه فهم حجته، ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره، ليكون ذلك أدفع لشكايته للناس، ونسبته إلى أنه جار عليه ومن يسمع يخل فربما تفسد العامة عرضه وهو بريء، وإذا أمكن إقامة الحق مع عدم إيغار الصدور كان أولى اهـ. وفي الصحاح: الوغر: شدة توقد الحر، ومنه: قيل في صدره عليّ وغر بالتسكين: أي: ضغن وعداوة وتوقد من الغيظ. قوله: (قصص الخصوم) جمع قصة، وهي بالفتح: الجصة والمراد بها هنا: ورقة يكتب فيها قضيته مع خصمه ويسمى الآن عرض حال. قوله: (لا) أي: لأن كلامه بلسانه أحسن في كتابته. قوله: (ولا يأخذ بما فيها) عبارة غيره. ولا يؤاخذ: أي: لا يؤاخذ صاحبها بما كتبه فيها من إقرار ونحوه ما لم يقرّ بذلك صريحاً، لأنه لا عبرة بمجرد الخط فافهم، والله سبحانه أعلم.

فَصْلٌ فِي الْحَبْسِ

هو مشروع بقوله تعالى: ﴿أَوْ يُنفَوْا مِنَ الأَرْضِ﴾[1] وحبس عليه الصلاة والسلام رجلاً بالتهمة في المسجد، وأحدث السجن علي رضي اللّٰه تعالى عنه، بناه من قصب وسماه نافعاً، فنقبه اللصوص فبنى غيره من مدر وسماه مخيساً بفتح الياء وتكسر: موضع التخييس وهو التذليل، وفيه يقول عليّ رضي اللّٰه عنه:

أَلاَ تَـرَانِـي كَـيِّـسـاً مُـكَـيَّـسـاً بَـنَـيْـتُ بَـعْـدَ نَـافِـعٍ مُـخَـيَّـسـاً
حِـصْـنـاً حَـصِـيـنـاً وَأَمِـيـنـاً كَـيِّـسـا

فَصْلٌ فِي الحَبْسِ

هو من أحكام القضاء، إلا أنه لما اختص بأحكام كثيرة أفرده بفصل على حدة. نهر. وهو لغة: المنع مصدر حبس كضرب، ثم أطلق على الموضع وترجم المصنف له وزاد فيه مسائل أخر من أحكام القضاء ذكرها في الهداية في فصل على حدة، فكان الأولى أن يقول: «في الحبس وغيره» كما قال في باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره. **قوله: (هو مشروع إلخ)** أراد أنه مشروع بالكتاب والسنة. زاد الزيلعيّ: والإجماع لأن الصحابة رضي اللّٰه تعالى عنهم أجمعوا عليه قوله: ﴿أَوْ يُنفَوْا مِنَ الأَرْضِ﴾[1] فإن المراد بالنفي الحبس كما تقدم في قطاع الطريق اهـ ح.

قوله: (وأحدث السجن عليّ) أي: أحدث بناء سجن خاص فلا ينافي ما قالوا أيضاً من أنه لم يكن في عهده ﷺ وأبي بكر سجن، إنما كان يحبس في المسجد أو الدهليز حتى اشترى عمر رضي اللّٰه تعالى عنه داراً بمكة بأربعة آلاف درهم واتخذه محبساً. **قوله: (من مدر)** بالتحريك: قطع الطين اليابس والحجارة كما في القاموس. **قوله: (بفتح الياء)** أي: المثناة التحتية مشددة والعجب مما في البحر والنهر والمنح من ضبطه بالتاء المثناة الفوقية، وقد ذكره في القاموس في الأجوف اليائي فقال: المخيس كمعظم السجن، وسجن بناه عليّ رضي اللّٰه تعالى عنه. **قوله: (كيساً)** قال في المصباح: الكيس وزان فلس: الظرف والفطنة. وقال ابن الأعرابي: العقل، ويقال إنه مخفف من كيس مثل هين وهين، والأول أصح لأنه مصدر من كاس كيساً من باب باع، وأما المثقل فاسم فاعل، والجمع أكياس مثل جيد وأجياد اهـ. وفي الفتح: الكيس: أي: مخففاً حسن التأني في الأمور، والكيس المنسوب إليه الكيس اهـ. **قوله: (وأميناً)** أراد به السجان الذي نصبه فيه. فتح. وعليه فعطفه على ما قبله نظير:

* عـلـفـتـهـا تـبـنـاً ومـاءً بـارداً *

فيراد بقوله بنيت: اتخذت، وما قيل من أنه يصح كونه وصفاً لمخيساً كالذي قبله لا يناسبه

---

(١) سورة: المائدة (٥)، الآية: ٣٣.

(صفته أن يكون بموضع ليس به فراش ولا وطاء) ليضجر فيوفي، ومفاده: أنه لو جيء له به منع منه (ولا يمكّن أحد أن يدخل عليه للاستئناس إلا أقاربه وجيرانه) لاحتياجه للمشاورة (ولا يمكثون عنده طويلاً) ومفاده أن زوجته لا تحبس معه لو هي الحابسة له وهو الظاهر. وفي الملتقى: يمكن من وطء جاريته لو فيه خلوة (ولا يخرج لجمعة ولا جماعة ولا لحج فرض) فغيره أولى (ولا لحضور جنازة ولو) كان

قول كيساً، فافهم. قوله: (صفته) الضمير للحبس بالمعنى المصدري، فلذا قال: «أن يكون بموضع» أي: في موضع، فافهم. قوله: (ولا وطاء) على وزن كتاب المهاد الوطيء. مصباح. وفيه: والمهد والمهاد: الفراش. وفي القاموس عن الكسائي: إن الوطاء خلاف الغطاء.

قلت: فإن أريد به المهاد الوطيء: أي: اللين السهل فهو أخص مما قبله، وكذا إن أريد به ما ينام عليه، وهو خلاف الغطاء. قوله: (ومفاده) أي: مفاد قوله: «ليضجر». قوله: (ولا يمكّن) بالبناء للمجهول مع التشديد. قوله: (ولا يمكثون عنده طويلاً) أي: بحيث يحصل له الاستئناس بهم، بل بقدر ما يحصل به المقصود من المشاورة.

مَطْلَبٌ: لاَ تُحْبَسُ زَوْجَتُهُ مَعَهُ لو حَبَسَتْهُ

قوله: (ومفاده) أي: مفاد قوله: «للاستئناس». وفي النهر: إذا احتاج للجماع دخلت عليه زوجته أو أمته إن كان فيه موضع سترة. وفيه دليل على أن زوجته لا تحبس معه لو كانت هي الحابسة له، وهو الظاهر اهـ. وأنت خبير بأن الاستدلال على المسألة بما قاله الشارح أولى مما في النهر، لأن عدم دخول أحد عليه للاستئناس أصرح بعدم حبسها معه، إذ في حبسها معه غاية الاستئناس له مع كون المقصود من ذلك الضجر ليوفي دينه، وإذا كانت هي الحابسة له وقلنا بجواز حبسها معه لا يحصل المقصود، بل يحصل ضده وهو ضجرها لتخرجه من الحبس حتى تخرج معه، ففي ذلك أيضاً دليل على أنها لا تحبس معه لو هي الحابسة وليس فيما قاله في النهر ما يدل على ذلك أيضاً، فلذا عدل الشارح عن كلام النهر. فقد ظهر أنه ليس في عدوله عنه خلل، بل الخلل في متابعته له فافهم. ثم إن الظاهر أن المقصود بهذا الرد على من قال: إنها تحبس معه. وفي البحر عن الخلاصة: فإذا حبست المرأة زوجها لا تحبس معه. وفيه عن البزازية وغيرها: إذا خيف عليها الفساد استحسن المتأخرون أن تحبس معه اهـ.

وحاصله: أنها إذا حبسته وكانت من أهل الفساد ويخشى عليها فعل ذلك إذا لم يكن مراقباً لها يكون مظنة أن حبسها له لأجل ذلك لا لمجرد استيفاء حقها منه فله حبسها معه، أما إذا لم تكن كذلك فلا وجه لحبسها معه، وهذا محمل ما في الخلاصة. قوله: (من وطء جاريته) وكذا زوجته كما مر، وقيل: يمنع من ذلك لأن الوطء ليس من الحوائج الأصلية فتح: قوله: (وفي الخلاصة يخرج بكفيل) الخلاصة، ونقل عنها في البحر: يخرج الكفيل، فكأنه سقطت الباء من نسخته كما

(بكفيل) زيلعي. وفي الخلاصة: يخرج بكفيل لجنازة أصوله وفروعه لا غيرهم، وعليه الفتوى **(ولو مرض مرضاً أضناه ولم يجد من يخدمه يخرج بكفيل وإلا لا)** به يفتى، ولا يخرج لمعالجة وكسب. وقيل ولا يتكسب فيه، ولو له ديون أخرج ليخاصم ثم يحبس. خانية **(ولا يضرب)** المحبوس إلا في ثلاث: إذا امتنع عن كفارة

نبه عليه في النهر وكذا الرملي. وقال أيضاً: والعجب أن البزازي وقع في ذلك فقال: وذكر القاضي أن الكفيل يخرج لجنازة الوالدين إلخ. والذي في فتاوى القاضي: يعني قاضيخان: يخرج بالكفيل. **قوله: (وعليه الفتوى) قال في الفتح:** وفيه نظر لأنه إبطال حق آدمي بلا موجب. نعم إذا لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعل ذلك. وسئل محمد عما إذا مات والده أيخرج؟ فقال: لا اهـ.

وحاصله: أن ما في الخلاصة مخالف لنص محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ تعالى. **قال في البحر:** وقد يدفع بأن نص محمد في المديون أصالة والكلام في الكفيل اهـ. وهذا بناء على ما وقع له في نسخة الخلاصة من التحريف على أنه لا يظهر الفرق بين المديون وكفيله كما قاله المصنف في المنح. **قوله: (يخرج بكفيل) قال في الفتح:** وإن لم يكن له خادم يخرج لأنه قد يموت بسبب عدم الممرّض، ولا يجوز أن يكون الدين مفضياً للتسبب في هلاكه اهـ. ومقتضى التعليل: أنه لم يجد كفيلاً يخرج، لكن في المنح عن الخلاصة: فإن لم يجد كفيلاً لا يطلقه. تأمل. **قوله: (وإلا لا)** أي: وإن وجد من يخدمه لا يخرج، هكذا روي عن محمد، هذا إذا كان الغالب هو الهلاك؛ وعن أبي يوسف: لا يخرجه، والهلاك في السجن وغيره سواء. والفتوى على رواية محمد. منح عن الخلاصة. **قوله: (لمعالجة)** أي: لمداواة مرضه لإمكان ذلك في السجن. **قوله: (قيل ولا يتكسب فيه)** كذا في بعض النسخ، وفي أكثرها: بل ولا يتكسب فيه، وهي الصواب لأن التعبير بقيل يفيد الضعف، وقد صرح في البحر وغيره بأن الأصح المنع، وفي شرح أدب القضاء عن السرخسي أنه الصحيح من المذهب، لأن الحبس مشروع ليضجر، ومتى تمكن من الاكتساب لا يضجر، فيكون السجن له بمنزلة الحانوت. **قوله: (ولو له ديون أخرج ليخاصم ثم يحبس)** فيه إشارة إلى أنه إذا ادعى عليه آخر بدين يخرج لسماع الدعوى، فإن أثبته بالوجه الشرعي أعيد في الحبس لأجلهما. سائحاني عن الهندية. **قوله: (إذا امتنع عن كفارة)** لأن حق المرأة في الجماع يفوت بالتأخير. أشباه. واعترضه الحموي بأن حقها فيه قضاء في العمر مرة واحدة اهـ.

قلت: هذه المرة لأجل انتفاء العنة[1] والتفريق بها، وإلا فلها حق في الوطء بعدها، ولذا

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (قلت: هذه المرة لأجل انتفاء العنة إلخ)** الحق في الجواب أن يقال: إن القسم عبارة عن التسوية في البيتوتة والكلام والنظر لا في الجماع، وبهذا يرتفع التنافي إذ ما زاد فيه على مرة حقها فيه ديانة، ولا يجبره القاضي عليه هذا ما يقال في الجواب عن مسألة القسم، وأجاب في الظهار عن مسألة الكفارة بأن الظهار معصية حاملة له على الامتناع من حقها الواجب عليه ديانة، فيأمره برفعها لتحل له.

الظهار والإنفاق على قريبه والقسم بين نسائه بعد وعظه، والضابط ما يفوت بالتأخير لا إلى خلف. أشباه. قلت: ويزاد ما في الوهبانية:

وَإِنْ فَرَّ يَضْرِبُ دُونَ قَيْدِ تَأَدُّباً وَتطيينُ بَابِ الحَبْسِ فِي الْعَنْتِ يذكر

(ولا يغل) إلا إذا خاف فراره فيقيد أو يحوّل لسجن اللصوص. وهل يطين الباب؟ الرأي فيه للقاضي. بزازية (ولا يجرد ولا يؤاجر) وعن الثاني: يؤجره لقضاء دينه (ولا يقام بين يد صاحب الحق إهانة) له، ولو كان ببلد لا قاضي فيها لازمه ليلاً نهاراً حتى يأخذ حقه. جواهر الفتاوى (وتعيين مكانه) أي: مكان الحبس عند عدم إرادة صاحب الحق (للقاضي إلا إذا طلب المدعي مكاناً آخر) فيجيبه لذلك. قنية.

حرم الإيلاء منها، ويفرّق بينهما بمضيّ مدته لأنه امتناع بسبب محظور، وكذا في الظهار لأنه منكر من القول فلذا ظهر فيه المطالبة بالعود إليها، ويضرب عند الامتناع، وإن كان لا يضرب عند الامتناع عنها بغير سبب. تأمل. قوله: (والإنفاق على قريبه) بالجر عطفاً على كفارة، وكذا قوله والقسم كما هو ظاهر فافهم، وهذا مخالف لما قدمه في النفقة من أنه إذا امتنع من الإنفاق على القريب يضرب ولا يحبس، ومثله في القسم كما في بابه، لكن قدمنا في آخر النفقة أنه تابع البحر في نقل ذلك عن البدائع، وأن الذي في البدائع أنه يحبس سواء كان أباً أو غيره، بخلاف الممتنع من القسم فإنه يضرب ولا يحبس، وهو الموافق لما سيذكره المصنف متناً. وذكر في البحر أنهم صرحوا بأنه لو امتنع من التكفير مع قدرته يضرب وكذا لو امتنع من الإنفاق على قريبه، بخلاف سائر الديون اهـ. قوله: (والضابط) أي: لما يضرب فيه المحبوس، فإنه بالامتناع عما ذكر يفوت الواجب لا إلى خلف، فإن نفقة القريب تسقط بالمضيّ ولو مقضياً بها أو متراضى عليها وكذا الوطء والقسم يفوتان بالمضي. قوله: (ما في الوهبانية) الشطر الثاني لشارحها غير فيه نظم الأصل. قوله: (وإن فر) أي: من الحبس. قوله: (في العنت يذكر) أي: إذا كان متعنتاً لا يؤدي المال: قيل يطين عليه الباب ويترك له ثقبة يلقى له الخبز والماء، وقيل الرأي فيه للقاضي، وهو ما يذكره قريباً عن البزازية. قوله: (ولا يغل) أي: لا يوضع له الغل بالضم وهو طوق من حديد يوضع في العنق جمعه أغلال كقفل وأقفال مصباح. وأما القيد فما يوضع في الرجل. قوله: (ولا يجرّد) أي: من ثيابه في الحبس. قوله: (وعن الثاني) عبارة النهر: ولا يؤجر خلافاً لما عن الثاني. قوله: (لا قاضي فيها) بأن مات أو عزل. منح عن الجواهر. قوله: (لازمه) ولا يمنعه عن الاكتساب والدخول إلى بيته لأنه لا ولاية له عليه، بخلاف القاضي لأن له ولاية المنع والحبس وغيره. منح عن الجواهر. قوله: (قنية) عبارتها: ادعى على بنته مالاً وأمر القاضي بحبسها فطلب الأب منه أن يحبسها في موضع آخر غير السجن حتى لا يضيع عرضه يجيبه القاضي إلى ذلك، وكذا في كل مدع مع المدعى عليه اهـ.

وأفتى المصنف تبعاً لقارىء الهداية بأن العبرة في ذلك لصاحب الحق لا للقاضي اهـ. وفي النهر: ينبغي أن لا يجاب لو طلب حبسه في مكان اللصوص ونحوه.

فرع: في البحر عن المحيط: ويجعل للنساء سجن على حدة نفياً للفتنة **(وإذا ثبت الحق للمدعي)** ولو دانقاً وهو سدس درهم **(ببينة عجل حبسه بطلب المدعي)** لظهور المطل بإنكاره **(وإلا)** يثبت ببينة بل بإقرار **(لم يعجل)** حبسه بل يأمره بالأداء فإن أبى حبسه، وعكسه السرخسي وسوّى بينهما في الكنز والدرر، ....

قوله: (وأفتى المصنف إلخ) ذكر في المنح عبارة قارىء الهداية ثم قال: ولا منافاة بين هذا وبين ما ذكرناه، لأن القاضي يعين مكان الحبس عند عدم إرادة صاحب الحق أما لو طلب صاحب الحق مكاناً فالعبرة في ذلك اهـ. **قوله: (وإذا ثبت الحق للمدعي)** أي: عند القاضي كما في الهداية وغيرها، وظاهره: أن المحكم لا يحبس. قال في البحر: ولم أره. نهر. لكن نقل الحموي عن صدر الشريعة أن له الحبس. **قوله: (ولو دانقاً)** في كافي الحاكم: ويحبس في درهم وفي أقل منه اهـ. ومثله في الفتح معللاً بأن ظلمه يتحقق بمنع ذلك. **قوله: (ببينة)** أو بنكول. بحر عن القلانسي. **قوله: (عجل حبسه)** إلا إذا ادعى الفقر فيما يقبل فيه دعواه ط. **قوله: (بطلب المدعي)** ذكره قاضيخان وهو قيد لازم. منح. **قوله: (لم يعجل حبسه)** لأن الحبس جزاء المماطلة، ولم يعرف كونه مماطلاً في أول الوهلة، فلعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله. هداية. **قوله: (بل يأمره بالأداء)** ينبغي أن يقيد هذا بما إذا لم يتمكن القاضي من أداء ما عليه بنفسه، كما إذا ادعى عيناً في يد غيره أو وديعة له عنده وبرهن أنها هي التي في يده، أو ديناً له عليه وبرهن على ذلك فوجد معه ما هو من جنس حقه، كان للقاضي أن يأخذ العين منه وما هو من جنس حقه، ويدفعه إلى المالك غير محتاج إلى أمره بدفع ما عليه، وقد **قالوا**: إن ربّ الدين إذا ظفر بجنس حقه له أن يأخذه، وإن لم يعلم به المديون فالقاضي أولى. نهر وتبعه الحموي وغيره ط.

قلت: لكن كونه غير محتاج إلى أمره بالدفع فيه نظر، لأن القاضي لا يتحقق له ولاية أخذ مال المديون، وقضاء دينه به إلا بعد الامتناع عن فعل المديون ذلك بنفسه، فكان المناسب ذكر هذا عند **قوله**: «فإن أبى حبسه فيقال إنما يحبسه إذا لم يتمكن القاضي إلخ» فافهم. **قوله: (فإن أبى حبسه)** فلو قال: أمهلني ثلاثة أيام لأدفعه إليك فإنه يمهل ولم يكن بهذا القول ممتنعاً من الأداء ولا يحبس. شرح الوهبانية عن شرح الهداية. ومثله **قول المصنف الآتي**: «ولو قال: أبيع عرضي وأقضي ديني إلخ». **قوله: (وعكسه السرخسي)** وهو أنه إذا ثبت بالبينة لا يحبسه لأول وهلة، لأنه يعتذر بأني ما كنت أعلم أن عليّ ديناً له بخلافه بالإقرار، لأنه كان عالماً بالدين ولم يقضه حتى أحوجه إلى شكواه. فتح. **قوله: (وسوّى بينهما في الكنز)** حيث **قال**: وإذا ثبت الحق للمدعي أمره بدفع ما عليه؛ فإن أبى حبسه. وعبارة متن الدرر أصرح، وهي: وإذا ثبت الحق على الخصم

واستحسنه الزيلعي. والأول مختار الهداية والوقاية والمجمع. قال في البحر: وهو المذهب عندنا اهـ.

قلت: وفي منية المفتي: لو ثبت ببينة يحبس في أول مرة، وبالإقرار يحبس في الثانية والثالثة دون الأولى فليكن التوفيق **(ويحبس)** المديون **(في)** كل دين هو بدل مال أو ملتزم بعقد. ....

بإقراره أو ببينة أمره بدفعه إلخ. وفي كافي الحاكم: ولا يحبس الغريم في أول ما يقدمه إلى القاضي، ولكن يقول له قم فأرضه، فإن عاد به إليه حبسه اهـ. **قوله: (واستحسنه الزيلعي)** حيث قال: والأحسن ما ذكره هنا: أي: في الكنز فإنه يؤمر بالإيفاء مطلقاً، لأنه يحتمل أن يوفي فلا يعجل بحبسه قبل أن يتبين له حاله بالأمر والمطالبة. **قوله: (وهو المذهب عندنا)** صرح بذلك في شرح أدب القضاء، وقال: إن التسوية بينهما رواية.

قلت: لكن سمعت عبارة كافي الحاكم، وهو الجامع لكتب ظاهر الرواية، إلا أن عبارته ظاهرها التسوية، فيمكن إرجاعها إلى ما في الهداية فلا ينافي قوله: «وهو المذهب» تأمل. **قوله: (فليكن التوفيق)** لم يظهر لنا وجهه، على أن ما نقله عن منية المفتي لم أجده فيها، بل عبارتها هكذا: ولا يحبسه في أول ما يتقدم إليه ويقول له: قم فأرضه فإن عاد إليه حبسه اهـ. وهي عبارة الكافي المارة. ثم رأيت بعضهم نبه على ما ذكرته. **قوله: (ويحبس المديون إلخ)** اعلم أن المدعي إذا ادعى ديناً وأثبته يؤمر المديون بدفعه، فإن أبى وطلب المدعي حبسه وهو غني يحبس، ثم إن كان الدين ثمناً ونحوه من الأربعة المذكورة في المتن وادعى المديون الفقر لا يصدق، لأن إقدامه على الشراء ونحوه مما ذكر دليل على عدم فقره، فيحبس إلا إذا كان فقره ظاهراً كما سيأتي. وإن كان الدين غير الأربعة المذكورة وادعى الفقر فالقول له ولا يحبس إلى آخر ما سيجيء.

تنبيه: أطلق المديون فشمل المكاتب والعبد المأذون والصبيّ المحجور، فإنهم يحبسون، لكن الصبي لا يحبس بدين الاستهلاك بل يحبس والده أو وصيه، فإن لم يكونا أمر القاضي رجلاً ببيع ماله في دينه، كذا في البزازية. بحر.

قلت: وحبس والده أو وصيه بدين الاستهلاك إنما هو حيث كان الصبي مال وامتنع الأب أو الوصي من بيعه، أما إذا لم يكن له مال فلا حبس كما يعلم من آخر العبارة، وهو ظاهر، والقول له إنه فقير لأن دين الاستهلاك مما لا يحبس به إذا ادعى الفقر كما يأتي، وسيذكر الشارح آخر الباب نظماً من لا يحبس وفيه تفصيل للثلاثة المذكورين. **قوله: (في كل دين هو بدل مال)** كثمن المبيع وبدل القرض، وقوله: (أو ملتزم بعقد) كالمهر والكفالة، وهو من عطف العام على الخاص، فلو اقتصر عليه كما وقع في بعض الكتب لا غناه عما قبله. زاد في البحر عن القلانسي: وفي كل عين يقدر على تسليمها، وسيأتي في كلام الشارح.

درر ومجمع وملتقى. مثل (الثمن) ولو لمنفعة كالأجرة (والقرض) ولو لذميّ (والمهر المعجل وما لزمه بكفالة) ولو بالدرك أو كفيل الكفيل وإن كثروا. بزازية. لأنه التزمه بعقد كالمهر، ....

ثم اعلم أن هذه العبارة التي عزاها الشارح إلى الدرر والمجمع والملتقى أصلها للقدوري، عدل عنها صاحب الكنز إلى قوله: «في الثمن والقرض والمهر المعجل» وما التزمه بالكفالة وتبعه المصنف لوجهين نبه عليهما في النهر: **الأول**: أن قوله: «بدل مال» يدخل فيه بدل المغصوب وضمان المتلفات، **والثاني**: أن قوله: «أو ملتزم بعقد» يدخل فيه أيضاً ما التزمه بعقد الصلح عن دم العمد والخلع مع أنه لا يحبس في هذه المواضع إذا ادعى الفقر اهـ. وصرح الشارح بعد أيضاً بأنه لا يحبس فيها فكان عليه عدم ذكر هذه العبارة، لكن ما ذكره في النهر غير مسلم. أما الأول فلأن المراد بدل مال حصل في يد المديون، كما سيأتي فيكون دليلاً على قدرته على الوفاء بخلاف ما استهلكه من الغصب. وأما الثاني فلأنه يحبس في الصلح والخلع كما تعرفه فالأحسن ما فعله الشارح تبعاً للزيلعي ليفيد أن الأربعة التي في المتن غير قيد احترازي فافهم. لكن الشارح نقض هذا فيما ذكره بعد كما تعرفه. **قوله**: (مثل الثمن) شمل الثمن ما على المشتري وما على البائع بعد فسخ البيع بينهما بإقالة أو خيار، وشمل رأس مال السلم بعد الإقالة وما إذا قبض المشتري المبيع أو لا. بحر. **قوله**: (كالأجرة) لأنها ثمن المنافع. بحر. فإن المنفعة وإن كانت غير مال لكنها تتقوم في باب الإجارة للضرورة. **قوله**: (ولو لذمي) يرجع إلى الثمن والقرض وكان المناسب ذكره عقب قوله: «ويحبس المديون» **قال في البحر**: أطلقه فأفاد أن المسلم يحبس بدين الذمي والمستأمن وعكسه اهـ. **قوله**: (والمهر المعجل) أي: ما شرط تعجيله أو تعورف. نهر. **قوله**: (وما لزمه بكفالة) استثنى منه في الشرنبلالية كفيل أصله كما لو كفل أباه أو أمه: أي: فإنه لا يحبس مطلقاً لما يلزم عليه من حبس الأب معه، وفيه كلام قدمناه في الكفالة. **قوله**: (ولو بالدرك) هو المطالبة بالثمن عند استحقاق المبيع وهذا ذكره في النهر أخذاً من إطلاق الكفالة، **ثم قال**: ولم أره صريحاً. **قوله**: (أو كفيل الكفيل) بالنصب خبر لكان المقدرة بعد «لو» فهو داخل تحت المبالغة: أي: ولو كان كفيل الكفيل فدخل تحت المبالغة الأصيل وكفيله. **قال في البحر**: وأشار المؤلف إلى حبس الكفيل والأصيل معاً: الكفيل بما التزمه، والأصيل بما لزمه بدلاً عن مال، وللكفيل بالأمر حبس الأصيل إذا حبس، كذا في المحيط. وفي البزازية: يتمكن المكفول له من حبس الكفيل والأصيل وكفيل الكفيل وإن كثروا اهـ. **قوله**: (لأنه التزمه بعقد) أي: لأن الكفيل التزم المال بعقد الكفالة وكذا كفيله، **وقوله**: (كالمهر) أي: فإن الزوج التزمه بعقد النكاح، فكل منهما وإن لم يكن مبادلة مال بمال لكنه ملتزم بعقد، والتعليل المذكور لثبوت حبسه بما ذكر وإن ادعى الفقر، فإن التزامه ذلك بالعقد دليل القدرة على الأداء، لأن العاقل لا يلتزم ما لا قدرة له عليه فيحبس وإن ادعى الفقر لأنه كالمتناقض لوجود دلالة اليسار وظهر به وجه حبسه أيضاً بالثمن

هذا هو المعتمد خلافاً لفتوى قاضيخان لتقدم المتون والشروح على الفتاوى. بحر. فليحفظ. نعم عده في الاختيار لبدل الخلع هنا خطأ فتنبه. وزاد القلانسي: أنه يحبس أيضاً في كل عين يقدر على تسليمها كالعين المغصوبة ....

والقرض، لأنه إذا ثبت المال بيده ثبت غناه به. أفاد ذلك في الفتح وغيره. والأخير مبني على التمسك بالأصل، فإن الأصل بقاؤه في يده. قوله: (هذا هو المعتمد) الإشارة إلى ما في المتن من أنه يحبس في الأربعة المذكورة وإن ادعى الفقر، وهذا أحد خمسة أقوال: ثانيها: ما في الخانية. ثالثها: القول للمديون في الكل: أي: في الأربعة وفي غيرها مما يأتي. رابعها: للدائن في الكل. خامسها: أنه يحكم الزيّ: أي: الهيئة إلا الفقهاء والعلوية لأنه يتزيون بزي الأغنياء وإن كانوا فقراء صيانة لماء وجههم، كما في أنفع الوسائل.

مَطْلَبٌ: إِذَا تَعَارَضَ مَا فِي الْمُتُونِ وَالْفَتَاوى فَالْمُعْتَمَدُ مَا فِي الْمُتُونِ

قوله: (خلافاً لفتوى قاضيخان) حيث قال: إن كان الدين بدلاً عن مال كالقرض وثمن المبيع فالقول للمدعي، وعليه الفتوى؛ وإن لم يكن بدل مال فالقول للمديون اهـ، وعليه فلا يحبس في المهر والكفالة.

قال في البحر: وهو خلاف مختار المصنف تبعاً لصاحب الهداية. وذكر الطرسوسي في أنفع الوسائل أنه: أي: ما في الهداية المذهب المفتى به. فقد اختلف الإفتاء[1] فيما التزمه بعقد ولم يكن بدل مال، والعمل على ما في المتون، لأنه إذا تعارض ما في المتون والفتاوى فالمعتمد ما في المتون، كما في أنفع الوسائل، وكذا يقدم ما في الشروح على ما في الفتاوى اهـ.

قلت: وما في الخانية نقل في أنفع الوسائل عن المبسوط أنه ظاهر الرواية. قوله: (نعم عدّه في الاختيار لبدل الخلع هنا خطأ) عدّه بالرفع مبتدأ، واللام في «البدل» متعلق به و«خطأ» خبر المبتدأ. وفي بعض النسخ: كبدل بالكاف وهو تحريف، وقوله: «هنا» أي: فيما يكون القول فيه للمدعي كالمسائل الأربع، وعبارة الاختيار هكذا: وإن قال المدعي هو موسر وهو يقول: أنا معسر، فإن كان القاضي يعرف يساره أو كان الدين بدل مال كالثمن والقرض أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة وبدل الخلع ونحوه حبسه، لأن الظاهر بقاء ما حصل في يده والتزامه يدل على القدرة إلخ.

ثم اعلم أن ما ذكره الشارح من التخطئة أصلها للطرسوسي في أنفع الوسائل، وتبعه في البحر والنهر وغيرهما وأقروه على ذلك وذلك غير وارد، وبيان ذلك: أن الطرسوسي ذكر مسألة

(1) قال الرافعي: قوله: (فقد اختلف الإفتاء إلخ) فيه أن غاية ما أفاده هو أن الفتوى على حبسه في المهر، ولم يذكر أيضاً أن الفتوى على عدم حبسه فيه بل حكاه صاحب «البحر» عن «الخانية» بدون تذييله بأن الفتوى عليه، فعبارتها لا تدل على أن الفتوى على عدمه فيه، وإن فهمه منها صاحب «البحر» حيث قال بعدما ذكرها: فقد علمت أن الفتوى على الأول وهو عدم الحبس، إلا فيما كان بدلاً عن مال فلا يحبس في المهر والكفالة على المفتى به، وهو خلاف مختار المصنف تبعاً لصاحب «الهداية».

....

اختلاف المدعي والمدعى عليه في الفقر وعدمه ونقل عبارات الكتب، منها كتب اختلاف الفقهاء للطحاوي: أن كل دين أصله من مال وقع في يد المديون كأثمان البياعات والقروض ونحوها حبسه، وما لم يكن أصله كذلك كالمهر والخلع والصلح عن دم العمد ونحوه لم يحبسه حتى يثبت ملاءته اهـ. ونقل نحوه عن متن البحر المحيط وغيره، وذكر عن السفناقي وغيره حكاية قول آخر أيضاً وهو أن كل دين لزمه بعقد فالقول فيه للمدعي، وكل دين لزمه حكماً لا بمباشرة العقد فالقول فيه للمديون. قالوا: وهذا القول لا فرق فيه بين ما ثبت بدلاً عن مال أو لا ثم إن الطرسوسي قال: إن صاحب الاختيار أخطأ، حيث جعل بدل الخلع كالثمن والقرض في أن القول فيه للمدعي، وهو مخالف لما نقلناه عن اختلاف الفقهاء للطحاوي ومتن البحر المحيط وغيره، وأيضاً فإن الخلع ليس بدلاً عن مال، هذا حاصل كلامه. وإذا أمعنت النظر تعلم أنه كلام ساقط، فإن ما ذكره عن اختلاف الفقهاء ومتن البحر المحيط وغيره هو القول الذي مر عن قاضيخان، وما ذكره عن السفناقي وغيره هو الذي مشى عليه القدوري ونقله الشارح عن الدرر والمجمع والملتقى. فالقول الأول: اعتبر في كون القول للمدعي كونه الدين بدلاً عن مال حصل في يد المديون، ولم يعتبر كونه بعقد، ولا شك أن المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد وإن كان بعقد لكنه ليس بدل مال فلا يكون القول فيه للمدعي بل للمديون فلا يحبس فيه. والقول الثاني: اعتبر كون الدين ملتزماً بعقد سواء كان بدل مال أو غيره، ولا شك أن الخلع ملتزم بعقد المهر فيكون القول فيه للمدعي؛ والذين صرحوا بأن بدل الخلع لا يحبس فيه المديون هم أهل القول الأول فجعلوه كالمهر لكون كل منهما ليس بدل مال، وقد علمت أن صاحب الاختيار من أهل القول الثاني، فإنه اعتبر العقد كما قدمناه عنه، فلذا جعل القول للمدعي في المهر والكفالة والخلع، ويلزم منه أيضاً أن يكون الصلح عن دم العمد كذلك لأنه بعقد، وحينئذ فاعتراض الطرسوسي على صاحب الاختيار بما حكاه أهل القول الأول ساقط، فإن صاحب الاختيار لم يقل بقولهم حتى يعترض عليه بذلك، بل قال بالقول الثاني كبقية أصحاب المتون، غير أنه زاد على المتون التصريح بالخلع(1) لدخوله تحت العقد، وتبعه في الدرر. كيف وصاحب الاختيار إمام كبير من مشايخ المذهب، ومن أصحاب المتون المعتبرة، وأما الطرسوسيّ فلقد صدق فيه قول المحقق ابن الهمام: إنه لم يكن من أهل الفقه، فافهم واغتنم تحقيق هذا الجواب فإنك لا تجده في غير هذا الكتاب، والحمد لله ملهم الصواب. ثم بعد مدة رأيت في مختصر أنفع الوسائل للزهيري(١) رداً على الطرسوسي بنحو ما

---

(1) قال الرافعي: قوله: (غير أنه زاد على المتون التصريح بالخلع إلخ) رأيت التصريح به في «المنبع».

---

(١) الزهيري: هو محمد الزهيري التكلاوي الفقيه، من آثاره: الفتاوى فرغ منها سنة ١١٩٨ هـ.
انظر: معجم المؤلفين: ١٠/١١.

(لا) يحبس (في غيره) أي: غير ما ذكر وهو تسع صور: بدل خلع ومغصوب، ومتلف، ودم عمد، ....

قلنا ولله الحمد. قوله: (لا يحبس في غيره) أي: إن ادعى الفقر كما يأتي. قوله: (بدل خلع) الصواب إسقاطه كما علمت من أنه من القسم الأول. قوله: (ومغصوب) بالجر عطفاً على خلع، وكذا ما بعده: أي: وبدل مغصوب: أي: إذا ثبت استهلاكه للمغصوب ولزمه بدله من القيمة أو المثل وادعى الفقر لا يحبس، لأنه وإن كان بدل مال دخل في يده لكنه باستهلاكه لم يبق في يده حتى يدل على قدرته على الإيفاء، بخلاف ثمن المبيع فإن المبيع دخل في يده[1]، والأصل بقاؤه كما مر فلذا يحبس فيه، وبخلاف العين المغصوبة القادر على تسليمها، فإنه يحبس أيضاً على تسليمها كما قدمه آنفاً عن تهذيب القلانسي، فلا منافاة بين وبين ما هنا. قال في أنفع الوسائل: وقولهم: أو ضمان المغصوب معناه: إذا اعترف بالغصب وقال: إنه فقير وتصادقا على الهلاك أو حبس لأجل العلم بالهلاك فإن القول للغاصب في العسرة، هكذا ذكره السغناقي وتاج الشريعة وحميد الدين الضرير اهـ. قوله: (ومتلف) أي: وبدل ما أتلفه من أمانة ونحوها. قوله: (ودم عمد) أي: بدل الصلح عن دم عمد. قال في أنفع الوسائل: معناه أنه لو قتل مورثه عمداً فصالحه على مال فادعى أنه فقير يكون القول قول القاتل في ذلك لأنه ليس بدلاً عن مال، وما صرح بهذه أحد سوى الطحاوي في اختلاف الفقهاء، وهو صحيح موافق للقواعد وداخل تحت قولهم عما ليس بمال اهـ.

قال في البحر: ويشكل جعلهم القول فيه للمديون مع أنه التزمه بعقد اهـ.

أقول: لا إشكال فيه، لأن ذلك مبني على القول بعدم اعتبار العقد، وأن المعتبر هو كون الدين بدلاً عن مال وقع في يد المديون كما علمته مما نقلناه سابقاً من عبارة الطحاوي، وهذا القول هو الذي مر عن الخانية، وأما على القول الذي مشى عليه القدوري وصاحب الاختيار وغيرهما من أصحاب المتون من أن المعتبر ما كان بدلاً عن مال أو ملتزماً بعقد، وإن لم يكن بدلاً عن مال، فلا شك في دخول هذه الصورة في العقد، فتكون على هذا القول من القسم الأول الذي يكون القول فيه للمدعي لأنها كالمهر، وإنما يشكل الأمر لو صرح أحد من أهل هذا القول بأن بدل دم العمد يكون القول فيه للمديون، مع أنه لم يصرح بذلك أحد إلا الطحاوي القائل بالقول الأول، فعلمنا أنه مبني على أصله من أنه لا يعتبر العقد أصلاً، فمعارضة أهل القول الثاني بهذا

(1) قال الرافعي: قوله: (بخلاف ثمن المبيع فإن المبيع دخل في يده إلخ) مقتضى ما ذكره أنه لو تحقق خروجه من يده بالاستهلاك أو الهلاك أو نحو ذلك أن يصدق المشتري في دعواه الفقر وسيأتي له قبول البينة على إعسار حادث ولو قبل الحبس.

وعتق حظ شريك، وأرش جناية، ونفقة قريب، وزوجة، ومؤجل مهر.

قلت: ظاهره ولو بعد طلاق. وفي نفقات البزازية: يثبت اليسار بالإخبار هنا بخلاف سائر الديون، لكن أفتى ابن نجيم بأن القول له بيمينه ما لم يثبت غناه فراجعه. ولو اختلفا فقال المديون: ليس بدل مال وقال الدائن: إنه ثمن متاع، فالقول للمديون ما لم يبرهن رب الدين. طرسوسي بحثاً، وأقرّه في النهر.

فرع: لا يحبس في دين مؤجل، وكذا لا يمنع من السفر قبل حلول الأجل،

القول غير واردة والإشكال ساقط كما قررنا نظيره في مسألة الخلع، وبهذا ظهر أن الصواب إسقاط هذه الصورة أيضاً وذكرها في القسم الأول. **قوله**: (**وعتق حظ شريك**) أي: لو أعتق أحد شريكي عبد حصته منه بلا إذن الآخر واختار الآخر تضمينه فادعى المعتق الفقر فالقول له، لأن تضمينه لم يجب بدلاً عن مال وقع في يده، ولا ملتزماً بعقد حتى يكون دليل قدرته، بل هو في الحقيقة ضمان إتلاف. **قوله**: (**وأرش جناية**) هذا وما بعده مرفوع عطفاً على «بدل» لا على «خلع» المجرور، لأن الأرش هو بدل الجناية، والمراد أرش جناية موجبها المال دون القصاص. **قوله**: (**ونفقة قريب وزوجة**) أي: نفقة مدة ماضية مقضي بها أو متراضى عليها، لكن نفقة القريب تسقط بالمضي إلا إذا كانت مستدانة بالأمر، وسيذكر المصنف مسألة النفقة. **قوله**: (**ومؤجل مهر**) استشكله في البحر بأنه التزمه بعقد: أي: فيكون من القسم الأول؛ لكن جوابه أنه لما علم عدم مطالبته به في الحال لم يدل على قدرته عليه، بخلاف المعجل شرطاً أو عرفاً. **قوله**: (**قلت ظاهره ولو بعد طلاق**) هذا هو المتعين، لأنه قبل الطلاق أو الموت لا يطالب[1] به فكيف يتوهم حبسه به. **قوله**: (**وفي نفقات البزازية إلخ**) الأنسب ذكر هذا عند **قول المتن الآتي**: «إلا أن يبرهن غريمه على غناه» وعبارة البزازية كما في البحر: وإن لم يكن لها بينة على يساره وطلبت من القاضي أن يسأل عن جيرانه لا يجب عليه السؤال، وإن سأل كان حسناً، فإن سأل فأخبره عدلان بيساره ثبت اليسار، بخلاف سائر الديون حيث لا يثبت اليسار بالإخبار؛ وإن قالا سمعنا أنه موسر أو بلغنا ذلك لا يقبله القاضي اهـ. **قوله**: (**لكن إلخ**) فإن قوله: (ما لم يثبت غناه) المتبادر منه كونه بالشهادة، ويمكن أن يقال: الثبوت في دين النفقة بالإخبار وفي غيره بالإشهاد، فعبارته غير معينة ط.

قلت: لكن **قول المصنف الآتي**: «إلا أن يبرهن» يقتضي عدم الفرق. نعم عبارة الكنز والهداية: إلا أن يثبت، لكن قيده الزيلعي بالبينة. تأمل. **قوله**: (**فالقول للمديون**) أي: فلا يحبس إن ادعى الفقر. **قوله**: (**وأقرّه في النهر**) وكذا في البحر، ووجهه ظاهر لإنكاره ما يوجب حبسه. **قوله**: (**لا يحبس في دين مؤجل**) لأنه لا يطالب به قبل حلول الأجل.

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (هذا هو المتعين لأنه قبل الطلاق أو الموت لا يطالب إلخ) قد يطالب** قبل الطلاق والموت بأن كان مؤجلاً إلى مدة معلومة انقضت قبلهما.

وإن بعد وله السفر معه فإذا حل منعه حتى يوفيه. بدائع. وقدمناه في الكفالة (إن ادعى) المديون (الفقر) إذ الأصل العسرة (إلا أن يبرهن غريمه على غناه) أي: على قدرته على الوفاء ولو باقتراض أو بتقاضي غريمه (فيحبسه) حينئذ (بما رأى) ولو يوماً هو الصحيح بل في شهادات الملتقط. قال أبو حنيفة: إذا كان المعسر معروفاً بالعسرة لم أحبسه؛ وفي الخانية: ولو فقره ظاهراً سأل عنه عاجلاً وقبل بينته على

قوله: (وإن بعد) أي: السفر بحيث يحل الأجل قبل قدومه. قوله: (وقدمناه في الكفالة) أي: في آخرها، وقدمنا هناك ترجيح إلزامه بإعطاء كفيل فراجعه. قوله: (إن ادعى الفقر) قيد لقوله: «لا يحبس في غيره». قوله: (إذ الأصل العسرة) لأن الآدمي يولد فقيراً لا مال له، والمدعي يدعي أمراً عارضاً، فكان القول لصاحبه مع يمينه ما لم يكذبه الظاهر، إلا أن يثبت المدعي بالبينة أن له مالاً بخلاف ما تقدم، لأن الظاهر يكذبه. زيلعي. قوله: (أي على قدرته على الوفاء) أي: ليس المراد بالغنى ملك النصاب لأنه يحبس فيما دونه. أفاده في الفتح. قوله: (ولو باقتراض) في البزازية: لو وجد المديون من يقرضه فلم يفعل فهو ظالم، وفي كراهية القنية: لو كان للمديون حرفة تفضي إلى قضاء دينه فامتنع منها لا يعذر اهـ. وكل من الفرعين ينبغي تخريجه على ما يقبل فيه قوله، فإذا ادعى في المهر المؤجل مثلاً أنه معسر ووجد من يقرضه، أو كان له حرفة توفيه فلم يفعل حبسه الحاكم، لأن الحبس جزاء الظلم، وأما ما لا يقبل فيه قوله فظلمه فيه ثابت قبل وجود من يقرضه. نهر. قوله: (أو بتقاضي غريمه) بأن كان له مال على غريم موسر.

قال في البزازية: فإن حبس غريمه الموسر لا يحبس، وفيها: ولو كان للمحبوس مال في بلد آخر يطلقه بكفيل اهـ. قوله: (فيحبسه حينئذ) أي: حين إذ قام البرهان على غناه[1] في هذا القسم، وبمجرد دعوى المدعي غناه في القسم الأول كما مر. قوله: (ولو يوماً) أخذه في البحر من ظاهر كلامهم. قوله: (هو الصحيح) صرح به في الهداية، لأن المقصود من الحبس الضجر والتسارع لقضاء الدين وأحوال الناس فيه متفاوتة، ومقابله رواية تقديره بشهرين أو ثلاثة، وفي رواية بأربعة، وفي رواية بنصف حول. قوله: (لم أحبسه) أي: ولو كان الدين ثمناً أو قرضاً كما هو ظاهر الإطلاق، وهو أيضاً مقتضى عبارة شرح الاختيار التي قدمناها. قوله: (ولو فقره ظاهراً إلخ) أفاد أن قوله: «فيحبسه بما يرى» إنما هو حيث كان حاله مشكلاً كما نبه عليه الشارح بعده. وفي شرح أدب القضاء قال محمد بعد ذكر التقدير: هذا إذا أشكل على أمره أفقير أم غنيّ وإلا سألت عنه عاجلاً. يعني إذا كان ظاهر الفقر أقبل البينة على الإفلاس وأخلي سبيله اهـ. قوله:

---

(1) قال الرافعي: قوله: (أي: حين إذ قام البرهان على غناه إلخ) فيه أنه بإقامة البينة ثبت يساره فيؤبد حبسه والأظهر إرجاع كلام المصنف هذا للقسم الأول وحكم القسم الثاني يعلم من قوله فيما يأتي وأبد حبس الموسر.

إفلاسه وخلى سبيله. نهر. وفي البزازية: قال المديون: حلفه أنه ما يعلم أني معسر أجابه القاضي، فإن حلف حبسه بطلبه وإن نكل خلاه، وأقرّه المصنف وغيره.

قلت: قدمنا أن الرأي لمن له ملكة الاجتهاد فتنبه (ثم) بعد حبسه بما يراه لو حاله مشكلاً عند القاضي وإلا عمل بما ظهر. بحر. واعتمده المصنف (سأل عنه) احتياطاً لا وجوباً من جيرانه، ويكفي عدل بغيبة دائن. وأما المستور فإن وافق قوله رأي القاضي عمل به، وإلا لا. أنفع الوسائل بحثاً. ....

(قال المديون) أي: بما أصله ثمن ونحوه، إذ القسم الثاني القول فيه للمديون أنه معسر فلا يحتاج إلى تحليف الدائن. نعم يتأتى فيه أيضاً إذا أثبت يساره لكنه بعيد، إذ لا يحلف المدعي بعد البينة. تأمل. قوله: (قلت قدمنا إلخ) تقييد لقول المصنف: «فيحبسه بما رأى» وقدم الشارح ذلك عند قول المصنف قبل هذا الفصل: «ولا يخير إذا لم يكن مجتهداً» وقد تبع الشارح في هذا القهستاني. قال ح: أقول مثل هذا لا يتوقف على كون القاضي مجتهداً كما لا يخفى اهـ: أي: فإن ما يقتضيه حال ذلك المديون من قدر مدة حبسه التي يظهر فيها أنه لو كان له مال لأظهره، يستوي في علم ذلك المجتهد وغيره[1] بدون توقف على العلم باللغة والكتاب والسنة متناً وسنداً كما لا يخفى، فالظاهر حمل ما قالوه فيما يفوّض إلى رأي القاضي من الأحكام، والله سبحانه أعلم. قوله: (ثم بعد حبسه إلخ) الظرف متعلق بقول المصنف الآتي: «سأل عنه» وقوله: (لو حاله مشكلاً) قيد لقوله: «حبسه بما يراه» وقوله: (وإلا) أي: إن لم يكن مشكلاً بأن كان فقره ظاهراً، وهذا كله يغني عنه ما قبله. قوله: (احتياطاً لا وجوباً) قال شيخ الإسلام: لأن الشهادة بالإعسار شهادة بالنفي فكان للقاضي أن لا يسأل ويعمل برأيه، ولكن لو سأل مع هذا كان أحوط. زيلعي.

وقال في الفتح: وإلا فبعد مضيّ المدة التي يغلب ظن القاضي أنه لو كان له مال دفعه وجب إطلاقه إن لم يقم المدعي بينة يساره من غير حاجة إلى سؤال. قوله: (ويكفي عدل) والاثنان أحوط، وكيفيته أن يقول المخبر إن حاله حال المعسرين في نفقته وكسوته وحال ضيقه، وقد اختبرنا حاله في السر والعلانية. بحر عن البزازية. وقيد سماع هذه الشهادة بما بعد الحبس ومضي المدة، لأنها قبل الحبس لا تقبل في الأصح كما يأتي، وكذا قبل المدة التي يراها القاضي كما سنذكره. قوله: (بغيبة دائن) أي: يكفي ذلك في غيبة الدائن فلا يشترط لسماعها حضرته، لكن إذا كان غائباً سمعها وأطلقه بكفيل كما في البحر عن البزازية، وسيأتي مع زيادة: ما لو كان الدين لوقف أو يتيم. قوله: (وأما المستور إلخ) فيه كلام يأتي قريباً.

(1) قال الرافعي: قوله: (يستوي في علم ذلك المجتهد وغيره إلخ) هذا إنما يستقيم إذا كان القاضي ورعاً ذا رأي سديد وأين الورع وسداد الرأي في قضاة هذا الزمان فلا بد حينئذ من تقدير مدة الحبس بما هو مذكور في إحدى الروايات بحسب حال المحبوس وانظر ما تقدم في التعزير.

ولا يشترط حضرة الخصم ولا لفظ الشهادة إلا إذا تنازعا في اليسار والإعسار. قهستاني.

قلت: لكنها بالإعسار للنفي وهي ليست بحجة ....

قوله: (ولا يشترط حضرة الخصم) يغني عنه قوله: «بغيبة دائن». **قوله: (إلا إذا تنازعا إلخ)** **قال في النهر:** وقيد في النهاية الاكتفاء بالواحد بما إذا لم تقع خصومة، فإن كانت كأن ادعى المحبوس الإعسار ورب الدين يساره فلا بد من إقامة البينة على الإعسار اهـ. ومثله في البحر.

قلت: وهذا مشكل، فإن ما مر من الاكتفاء بعدل لا شك أنه عند المنازعة، إذ لو اعترف المدعي بفقر المحبوس أو اعترف المحبوس بغناه لم يحتج إلى سؤال ولا إلى إخبار؛ ثم رأيت في أنفع الوسائل نقل عبارة النهاية المارة بزيادة وهي: فإن شهدا بأنه معسر خلي سبيله، ولا تكون هذه شهادة على النفي فإن الإعسار بعد اليسار أمر حادث، فتكون شهادة بأمر حادث لا بالنفي اهـ. فأفاد أن هذه الخصومة بإعسار حادث: يعني إذا أراد حبسه فيما يكون القول فيه للمدعي بيساره أو في القسم الآخر، وبرهن على يساره بإرث من أبيه منذ شهر مثلاً، وهو ادعى إعساراً حادثاً فلا بد فيه من نصاب الشهادة، لأنها شهادة صحيحة لوقوعها على أمر حادث لا على النفي، بخلاف الشهادة على أنه معسر فإنها قامت على نفي اليسار الذي يحبس بسببه لا على إعسار حادث بعده، أو المراد إقامة البينة على إعساره بعد حبسه قبل تمام المدة التي يظهر فيما للقاضي عسرته، لكن سيأتي أن سماع البينة قبل المدة خلاف ظاهر الرواية[1]، فتأمل. **قوله: (قلت لكنها إلخ)** استدراك على التقييد بالعدل في قوله: «ويكفي عدل» فقد نقل في أنفع الوسائل عن الخلاصة أنه يسأل عنه الثقات والواحد يكفي، ولا يشترط لفظ الشهادة ثم نقل عبارة شيخ الإسلام المارة، ثم قال: فقوله: أي: شيخ الإسلام: هذا ليس بواجب وهذا ليس بحجة، وأن القاضي أن لا يسأل، يؤيد قولنا: أنه لا يشترط العدالة في هذا الواحد، لأنها تشترط في أمر واجب أو في إثبات حجة

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (لكن سيأتي أن سماع البينة قبل المدة خلاف ظاهر الرواية)** فيه أنه ما يأتي لا يخالف ما هنا، فإنه في إثبات الإعسار بأمر حادث، وهو مقبول في مدة الحبس وقبله أيضاً، وعلى كلا الجوابين لا يناسب ذكر هذا الاستثناء في شرح كلام المصنف لاختلاف الموضوع في كل كما هو ظاهر، والقاطع لأصل الإشكال أن يقال: إنه لا يلزم من الحبس المدة المذكورة سبق المنازعة في اليسار والإعسار في القسم الأول، ففي «أنفع الوسائل» عن قاضيخان ما نصه: متى توجه الحبس على المديون، فإن القاضي لا يسأله ولا المدعي أله مال في ظاهر الرواية اهـ. ففي هذه الصورة يكتفي القاضي بالواحد بخلاف ما إذا وقعت خصومة فيهما فإنه لا بد من إقامة البينة على الإعسار الحادث، لكن ما يأتي له عقب قول المصنف: ولا يقبل برهانه على إفلاسه قبل حبسه من أنه لو برهن على إفلاسه بعد حبسه قبل مضي المدة يقتضي أن هذه المسألة خلافية، وظاهر الرواية عدم القبول بناء على تعلق قوله بعد حبسه بإفلاسه كما هو ظاهر.

ولذا لم يجب السؤال أنفع الوسائل، فتنبه (فإن لم يظهر له مال خلاه) بلا كفيل، إلا في ثلاث: مال يتيم، ووقف، وإذا كان الدائن غائباً، ثم لا يحبسه ثانياً لا للأول ولا لغيره حتى يثبت غريمه غناه. بزازية. وفي القنية: برهن المحبوس على إفلاسه فأراد الدائن إطلاقه قبل تفليسه فعلى القاضي القضاء به حتى لا يعيده الدائن ثانياً.

شرعية، وإلا فلا فائدة في اشتراطها لأن القاضي له إخراجه بلا سؤال أحد عنه إلخ، وأراد بذلك الرد على الزيلعي حيث قيد بالعدل في قوله: والعدل الواحد يكفي، وإثبات أن المستور الواحد يكفي دون الفاسق؛ ثم قال: والأحسن عندي أن يقال: إن كان رأي القاضي موافقاً لقول هذا المستور في العسرة يقبل، وإلا بأن لم يكن للقاضي رأي في عسرة المحبوس أو يسرته فيشترط كون المخبر عدلاً اهـ. واستحسنه في النهر وغيره.

قلت: قد رجع إلى ما قاله الزيلعي من حيث لا يشعر، وذلك أنه إذا كان للقاضي رأي في عسرته بأن ظهر له حاله لا يحتاج إلى شاهد أصلاً، بل له إخراجه بلا سؤال، والأحوط السؤال من عدل ليتحقق به ما رآه القاضي ولا يكون بمجرد رأيه، ويظهر من كلام شيخ الإسلام المار وكذا من كلام الفتح الذي ذكرناه بعده أنه لا يلزمه العمل بقول ذلك العدل إذ خالف رأيه، وإذا وافق قول المخبر رأي القاضي لا شك أنه يعمل به، سواء كان المخبر عدلاً أو فاسقاً أو مستوراً، فعلم أن كلام الزيلعي محمول على ما إذا لم يكن للقاضي رأي بدليل قوله في شرح أدب القضاء: وإذا مضت تلك المدة واحتاج القاضي إلى معرفة حاله سأل الثقات من جيرانه وأصدقائه إلخ، فقوله: واحتاج دليل أنه لا رأي له، فقد ظهر أنه في هذه الصورة تشترط العدالة كما اعترف به الطرسوسي. وفي الصورة الأولى لا تشترط عدالة ولا غيرها، وإلا لم يكن للقاضي العمل برأيه وإخراج المحبوس بلا سؤال، وبه ظهر سقوط هذا البحث من أصله، فافهم واغنم هذا التحرير.

قوله: (ولذا لم يجب السؤال) أي: سؤال القاضي عن حال المحبوس، وإنما يسأل احتياطاً كما مر. قوله: (فإن لم يظهر له مال خلاه) أي: أطلقه من الحبس جبراً على الدائن. نهر. ثم إن إطلاقه بإخبار واحد لا يكون ثبوتاً، حتى لا يجوز أن يقول هذا القاضي: ثبت عندي أنه معسر، ولا ينقل ثبوته إلى قاضٍ آخر، بل هذا يختص بهذا القاضي. أنفع الوسائل. وأقره في البحر والنهر. قوله: (ووقف) ذكره في البحر بحثاً إلحاقاً باليتيم. قوله: (فعلى القاضي القضاء به) أي: إذا أبى المحبوس أن يخرج حتى يقضي بإفلاسه كما في البحر وغيره. قوله: (حتى لا يعيده الدائن ثانياً) أي: قبل ظهور غناه. بحر. والظاهر: أن المراد أن لا يعيده قاض آخر، لأن الأول ظهر له حاله فكيف يعيده إلى الحبس، بل لا يعيده لا لهذا الدائن ولا لغيره حتى يثبت غناه كما هو صريح عبارة البزازية المذكورة، وأيضاً إذا ثبت إعساره الحادث بشهادة تامة بعد خصومة كما مر فليس لقاض آخر حبسه ثانياً فيما يظهر لأنه يكون ثبوتاً فيتعدى، بخلاف ما إذا أطلقه بإخبار واحد. تأمل. وقدم الشارح في الوقف في صور من ينتصب خصماً عن غيره عدّ منها المديون إذا أثبت

فرع: أحضر المحبوس الدين وغاب ربه يريد تطويل حبسه إن علمه وقدره أخذه أو كفيلاً وخلاه خانية. وفي الأشباه: لا يجوز إطلاق المحبوس إلا برضا خصمه، إلا إذا ثبت إعساره أو أحضر الدين للقاضي في غيبة خصمه **(ولو قال)** من يراد حبسه: **(أبيع عرضي وأقضي ديني أجله القاضي)** يومين أو **(ثلاثة أيام ولا)** يحبسه لأن الثلاثة مدة ضربت لإبلاء الأعذار **(ولو له عقار يحبسه)** أي: **(ليبيعه[1] ويقضي الدين)** الذي عليه **(ولو بثمن قليل)** بزازية. وسيجيء تمامه في الحجر **(ولم يمنع غرماءه عنه)** على الظاهر ....

إعساره في وجه أحد الغرماء. **قوله: (يريد تطويل حبسه)** الظاهر أنه قيد باعتبار العادة، وإلا ففي غيبته تطويل حبسه وإن لم يرد ذلك، ولذا لم يقيد بذلك في عبارة الأشباه الآتية. أفاده ط. **قوله: (وقدره)** بالنصب عطفاً على الضمير المنصوب في «علمه». **قوله: (أو كفيلاً)** أي: بالمال أو النفس. **قوله: (إلا إذا ثبت إعساره)** المناسب إسقاط «إلا» وعطفه بأو، والمراد بالثبوت الظهور ولو برأي القاضي أو إخبار عدل كما مر. **قوله: (أبيع عرضي)** انظر ما فائدة التقييد بالعرض، فإن العقار كذلك فيما يظهر، وكذا لو قال: أمهلني ثلاثاً لأدفعه كما قدمناه عن شرح الوهبانية، وهذا أعم من أن يدفعه ببيع عرض أو عقار أو باستقراض أو استيهاب أو غير ذلك، ولا داعي إلى ما قاله المصنف في المنح من حمله على المقيد هنا كما لا يخفى. **قوله: (لإبلاء الأعذار)** أي: لاختبار مدعيها، ويحتمل أن الهمزة للسلب، والإبلاء بمعنى الإفناء: أي: لإزالة الأعذار: يعني أنه لا عذر له بعدها فالثلاثة تبلي الأعذار وتفنيها ط. **قوله: (وسيجيء تمامه في الحجر)** قال المصنف والشارح هناك: والقاضي يحبس الحرّ المديون ليبيع ماله لدينه وقضى دراهم دينه من دراهمه: يعني بلا أمره، وكذا لو كانا دنانير وباع دنانيره بدراهم دينه وبالعكس استحساناً لاتحادهما في الثمنية لا يبيع القاضي عرضه ولا عقاره للدين خلافاً لهما وبه: أي: بقولهما يبيعهما للدين يفتى. اختيار. وصححه في تصحيح القدوري .ويبيع كل ما لا يحتاجه للحال اهـ.

وحاصله: أنه إذا امتنع عن البيع يبيع عليه القاضي عرضه وعقاره وغيرهما. وفي البزازية: وفرّع على صحة الحجر أنه يترك له دست من الثياب ويباع الباقي وتباع الحسنة ويشتري له الكفاية ويباع كانون الحديد ويشتري له من طين ويباع في الصيف ما يحتاجه للشتاء وعكسه. **قوله: (ولم يمنع غرماءه عنه)** عطف على قوله: «خلاه» وكان ينبغي ذكره عقبه. **قوله: (على الظاهر)** أي: ظاهر الرواية وهو الصحيح. بحر.

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (يحبسه أي: ليبيعه إلخ) لم يظهر وجه للإتيان بأي التفسيرية هنا.

فيلازمونه نهاراً لا ليلاً، إلا أن يكتسب فيه ويستأجر للمرأة مرأة تلازمها. منية.

فرع: لو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة ففي حجر الهداية: يخير الطالب إلا لضرر، وكلفه في البزازية لكفيل بالنفس وللطالب ملازمته بلا أمر قاض لو مقراً بحقه (ولا يقبل برهانه على إفلاسه قبل حبسه) لقيامها على النفي، وصححه

مَطْلَبٌ : فِي مُلَازَمَةِ المَدْيُونِ

قوله: (فيلازمونه إلخ) قال في أنفع الوسائل: وبعد ما خلى القاضي سبيله فلصاحب الدين أن يلازمه في الصحيح. وأحسن الأقاويل في الملازمة ما روي عن محمد أنه قال: يلازمه في قيامه وقعوده ولا يمنعه من الدخول على أهله ولا من الغداء والعشاء والوضوء والخلاء، وله أن يلازمه بنفسه وإخوانه وولده ممن أحب اهـ. وتمامه في البحر. قوله: (لا ليلاً) لأنه ليس بوقت الكسب فلا يتوهم وقوع المال في يده، فالملازمة لا تفيد بحر عن المحيط. ويظهر منه أنه ليس له الملازمة في وقت لا يتوهم وقوع المال في يده فيه كما لو كان مريضاً مثلاً. تأمل. وأنه ليس له ملازمته ليلاً على قصد الإضجار، لأن الكلام فيما بعد ظهور عسرته وتخليته من الحبس والعلة في الملازمة إمكان قدرته على الوفاء بعد تخليته فيلازمه كيلا يخفيه. قوله: (ويستأجر للمرأة مرأة تلازمها. منية) عبارة منية المفتي: ولو كان المدعى عليه امرأة قيل يستأجر امرأة تلازمها وقيل له أن يلازمها ويجلس معها ويقبض على ثيابها بالنهار، أما الليل فتلازمها النساء، فإن هربت ودخلت خربة لا بأس أن يدخل الرجل إذا كان يأمن على نفسه في ذلك ويكون بعيداً منها ويحفظها بعينه اهـ. ونقل الثاني في البحر عن الواقعات معللاً بأن له ضرورة في هذه الخلوة: أي: الخلوة بالمرأة الأجنبية. قوله: (إلا لضرر) عبارة الهداية: إلا إذا علم القاضي أن بالملازمة يدخل عليه ضرر بين بأن لا يمكنه من دخول داره، فيحنئذ يحبسه دفعاً للضرر اهـ.

قلت: والظاهر: أن هذا فيمن لم يظهر للقاضي عسرته بعد حبسه، وإلا فكيف يحبس ثانياً بلا ظهور غناه أو هو مفروض فيما قبل الحبس أصلاً. قوله: (وكلفه في البزازية لكفيل بالنفس) الأولى بكفيل بالباء، وعبارة البزازية نقلاً عن الإمام محمد: وإن في ملازمته ذهاب قوته وعياله أكلفه أن يقيم كفيلاً بنفسه ثم يخلى سبيله. قوله: (ولا يقبل برهانه على إفلاسه قبل حبسه إلخ) هذا مقابل قوله ثم بعد حبسه سأل عنه، وقد اختلف التصحيح في هذه المسألة: ففي الخانية عن ابن الفضل أن الصحيح القبول، وفي شرح أدب القضاء أن الصحيح عدمه، وأن عليه عامة المشايخ. واختار في الخانية أنه مفوّض إلى رأي القاضي، فإن رأى أنه لين يقبل، وإن علم أنه وقح لا. قال في أنفع الوسائل: وكأنه أراد بقوله: «لين» أن يعتذر إليه ويتلطف معه، وبقوله: «وقح» أن يقول: لو قعدته في الحبس كذا وكذا، لا يحصل لك مني شيء وآخرتي أخرج على رغمك ونحو ذلك. ثم قال: وكان والدي يقول: ينبغي للقاضي إذا علم أن بينته عدول ممهدون في العدالة يقبل. قال: وهذا حسن أيضاً وعملي عليه، لأن العدل المتحرّي لا يشهد ما لم يقطع بفقره، بخلاف

عزمي زاده وصحح غيره قبولها، والمعوّل عليه رأيه كما مر، فإن علم إعساره قبلها وإلا لا. نهر فليحفظ (وبينة يساره أحق) من بينة إعساره بالقبول، لأن اليسار عارض والبينات للإثبات. نعم لو بين سبب إعساره وشهدوا به ....

غيره ممن يحتاج إلى تزكية ولا يعرف القاضي تحرّيه ولا ديانته اهـ ملخصاً. وبقي ما إذا برهن على إفلاسه بعد حبسه قبل مضي المدة، وفي الخانية لا يقبل في الروايات الظاهرة إلا بعد مضي المدة اهـ. ومشى الإمام الخصاف في أدب القضاء على قبولها قبل مضي المدة. قوله: (وصححه عزمي زاده) ليس هو من أهل التصحيح ولكنه نقل عن الزيلعي أن عليه عامة المشايخ.

قلت: وعليه الكنز وغيره، وعلمت التصريح بتصحيحه، وعلله الزيلعي بأنها بينة على النفي فلا تقبل ما لم تتأيد بمؤيد وهو الحبس، وبعده تقبل على سبيل الاحتياط لا على الوجوب كما بينا اهـ. قوله: (والمعول عليه رأيه) أي: رأي القاضي.

واعلم أن كلام النهر هنا غير محرر، فإنه قال بعد تعليل الزيلعي المذكور آنفاً: والمعوّل عليه رأيه كما مر عن شيخ الإسلام، وهذا هو إحدى الروايتين وهو اختيار العامة وهو الصحيح. وقال ابن الفضل: الصحيح أنها تقبل. وقال قاضيخان: ينبغي أن يكون مفوضاً إلى رأي القاضي: إن علم يساره لا يقبلها، وإن علم إعساره قبلها اهـ. وبقي ما إذا لم يعلم من حاله شيئاً والظاهر أنه لا يقبلها اهـ ما في النهر. وفيه أن ما مر عن شيخ الإسلام هو ما قدّمناه عنه في سؤاله عن حال المحبوس بعد تمام المدة وأنه لا يجب بل له أن يعمل بما يراه، ولا يخفى أن كلامنا هنا فيما قبل الحبس، وما نقله عن قاضيخان غير ما قدّمناه عنه آنفاً، ولا يخفى ما فيه، فإنه إذا علم إعساره وكان ظاهراً يسأل عنه عاجلاً ويقبل بينته ويخلي سبيله كما قدمه الشارح والكلام هنا فيما إذا كان أمره مشكلاً كما في البزازية، حيث قال: وإن كان أمره مشكلاً هل يقبل البينة قبل الحبس؟ فيه روايتان.

مَطْلَبٌ: بَيِّنَةُ اليَسَارِ أَحَقُّ مِنْ بَيِّنَةِ الإِعْسَارِ عِنْدَ التَّعَارُضِ

قوله: (وبينة يساره أحق إلخ) هذا ظاهر فيما يكون فيه القول للمديون إنه فقير، لأن البينة لإثبات خلاف الظاهر وذلك في بينة اليسار. أما القسم الأول: وهو ما يكون القول فيه للمدعي بأن كان الدين ملتزماً بمقابلة مال أو بعقد فلا يظهر[1]، لأن الأصل فيه اليسار، بل الظاهر تقدم بينة الإعسار لإثباتها خلاف الظاهر، ولم أر من فصل بلا كلامهم هنا مجمل، فليتأمل. قوله: (لأن اليسار عارض) فإن الآدمي يولد ولا مال له كما مر، لكن إذا تحقق دخول المبيع في يده صار اليسار هو الأصل فينبغي ترجيح بينة الإعسار كما قلنا. تأمل. قوله: (نعم لو بين إلخ) عبارة الفتح

(1) قال الرافعي: قوله: (أما القسم الأول وهو ما يكون القول فيه للمدعي إلى قوله: فلا يظهر) الأسلم إبقاء كلام المصنف على عمومه وإن لم يظهر وجهه.

فتقدّم لإثباتها أمراً عارضاً. فتح بحثاً. واعتمده في النهر. وفي القنية: إن لم يبينوا مقدار ما يملك قبلت.

وإلا لم يمكن قبولها لأنها قامت للمحبوس وهو منكر، والبينة متى قامت للمنكر لا تقبل (وأبد حبس الموسر) لأنه جزاء الظلم.

قلت: وسيجيء في الحجر أنه يباع ماله لدينه عندهما، وبه يفتى، وحينئذ فلا يتأبد حبسه، فتنبه ....

هكذا: وكلما تعارضت بينة اليسار والإعسار قدمت بينة اليسار لأن معها زيادة علم، اللهم إلا أن يدّعي أنه موسر وهو يقول أعسرت من بعد ذلك وأقام بذلك بينة فإنها تقدّم، لأن معها علماً بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال اهـ.

قال في البحر: والظاهر أنه بحث منه، وليس بصحيح لجواز حدوث اليسار بعد إعساره الذي ادعاه اهـ، وردّه المقدسي بقوله: وهذا تجرّ من غير تحرّ اهـ.

قلت: ووجهه أولاً منع كونه بحثاً بل ظاهر كلام الفتح أنه منقول، كيف وهو موافق لما قدمناه عن أنفع الوسائل عن النهاية عند قول الشارح: «إلا إذا تنازعا» وثانياً ما قاله في النهر: من أنه ينبغي أن يكون معناه أنه بين سبب الإعسار وشهدوا به؛ وما في البحر مدفوع بأنهم لم يشهدوا بيسار حادث، بل بما هو سابق على الإعسار الحادث، وبينة الإعسار تحدث أمراً عارضاً اهـ. لكن يظهر لي أن بيان سبب الإعسار غير لازم، بل يكفي قولهم إنه أعسر بعد ذلك. تأمل.

تنبيه: قال البيري وفي أوضح رمز ناقلاً عن المستصفى: واعلم أن بينة الإعسار إنما تقبل إذا قالوا: إنه كثير العيال وضيق الحال، أما إذا قالوا: لا مال له لا تقبل اهـ. قوله: (فتقدّم) الأولى حذف الفاء ط. قوله: (قبلت) لأن المقصود منها دوام الحبس عليه. بحر عن البزازية. قوله: (وإلا إلخ) أي: بأن بينوا مقدار ما يملك لم يمكن قبولها. قوله: (لأنها قامت للمحبوس إلخ) أي: على إثبات ملكه لقدر معين. قال في القنية: وقولهم: أي: الشهود إنه موسر كذلك فيقبل اهـ.

قلت: وحاصله: أن الشهود لو قالوا: إنه يملك الشيء الفلاني مثلاً لا تقبل، لأنه يقول لا أملك شيئاً وهم يشهدون له بأن ذلك الشيء ملكه، والبينة لا تقبل للمنكر بل تقبل عليه، وهذه شهادة له صريحاً وتتضمن الشهادة عليه بيساره وإدامة حبسه، وإذا بطل الصريح بطل ما في ضمنه، بخلاف قولهم: إنه موسر فإنها شهادة عليه صريحاً؛ وإن كان قولهم: إنه موسر يتضمن الشهادة بأنه يملك قدر الدين أو أكثر فإنها ليست بشهادة له، إذ ليس فيها إثبات شيء معين أو مقدار قدر الدين لأن اليسار أعم، وأيضاً فإنها ضمنية لا صريحة، بل الصريح منها قصد إدامة حبسه، فافهم. قوله: (وسيجيء في الحجر) قدمنا عبارته فيه. قوله: (وحينئذ فلا يتأبد حبسه) أي: على قولهما، وكذا على قوله: إن كان ماله غير عقار ولا عرض بل كان من الأثمان ولو خلاف جنس الدين كما

(ولا يحبس لما مضى من نفقة زوجته وولده) إذا ادعى الفقر وإن قضى بها لأنها ليست بدل مال ولا لزمته بعقد على ما مر، حتى لو برهنت على يساره حبس بطلبها (بل يحبس إذا) برهنت على يساره بطلبها كما لو (أبى أن ينفق عليهما) أو على أصوله وفروعه فيحبس إحياء لهم. بحر.

قلت: وهل يحبس لمحرمه لو أبى؟ لم أره، ....

قدمناه. قوله: (ولا يحبس لما مضى إلخ) اعلم أن نفقة الزوجة لا تصير ديناً على الزوج إلا بالقضاء أو الرضا، فإذا مضت مدة قبل القضاء أو الرضا سقطت عنه، والمراد بالمدة شهر فأكثر، وكذا نفقة الولد الصغير الفقير، وأما نفقة سائر الأقارب فإنها تسقط بالمضيّ، ولو بعد القضاء أو الرضا، إلا إذا كانت مستدانة بأمر قاض فلا تسقط بالمضي، هذا حاصل ما قدمه الشارح في النفقات. لكن ما ذكره من كون الصغير كالزوجة نقله هناك عن الزيلعي، وقدمنا هناك أنه مخالف لإطلاق المتون والشروح، ولما صرح به في الهداية والذخيرة وشرح أدب القضاء والخانية من أن نفقة الولد والوالدين والأرحام إذا قضى بها ومضت مدة سقطت. قوله: (وإن قضى بها) أفاد أنه إذا لم يقض بها لا يحبس بها بالأولى لأنها لم تصر ديناً أصلاً، وأما إذا قضى بها ومثله الرضا فلأنها ليست بدل مال ولا ملتزمة بعقد على ما مر: أي: في قوله: لا يحبس في غيره إن ادعى الفقر كما مر تقريره. قوله: (حتى لو برهنت إلخ) المناسب حذفه والاقتصار على ما بعده لئلا يتكرر. قوله: (حبس بطلبها) أي: بطلبها حبسه إن كانت النفقة مقضياً بها أو متراضى عليها. قوله: (كما لو أبى أن ينفق عليهما) أي: كما يحبس الموسر لو امتنع من الإنفاق على زوجته وولده الفقير الصغير كما في السراج، وفهم في البحر أنه قيد احترازي عن البالغ الزمن الفقير، وقال: وفيه تأمل لا يخفى. قال في المنح: وليس كذلك، فإنه في معنى الصغير كما لا يخفى، فيحبس أبوه إذا امتنع من الإنفاق عليه كما هو ظاهر اهـ.

وفي الفتح: ويتحقق الامتناع بأن تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة، وإن كان مقدار النفقة قليلاً كالدانق إذا رأى القاضي ذلك، فأما بمجرد فرضها لو طلبت حبسه لم يحبسه، لأن العقوبة تستحق بالظلم، وهو بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق، وهذا يقتضي أنه إذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي إذا قدمته في اليوم الثاني أن يأمره بالإنفاق، فإن رجع فلم ينفق أوجعه عقوبة، وإن كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها، وهو قياس ما أسلفناه في باب القسم من قولهم: إذا لم يقسم لها فرافعته يأمره بالقسم وعدم الجور، فإن ذهب ولم يقسم فرافعته أوجعه عقوبة، وإن كان ما ذهب لها من الحق لا يقضى ويحصل به ضرر كبير اهـ. قوله: (وفروعه) أي: وبقية فروعه كالإناث والولد البالغ الزمن، وهذا بناء على ما مر من أن الصغير غير قيد. قوله: (وهل يحبس لمحرمه لو أبى لم أره) أصل التوقف لصاحب الشرنبلالية.

قلت: إذا حبس الأب فغيره بالأولى، مع أنا قدمنا في آخر النفقات التصريح بذلك عن

وظاهر تقييدهم لا، لكن ما مر عن الأشباه لا يضرب المحبوس إلا في ثلاث يفيده، فتأمل عند الفتوى، وسيجيء حبس الولي بدين الصغير (لا) يحبس (أصل) وإن علا (في دين فرعه) بل يقضي القاضي دينه من عين ماله أو قيمته، والصحيح عندهما بيع عقاره كمنقوله. بحر فليحفظ (ولا يستخلف قاض) نائباً ....

البدائع فإنه قال: ويحبس في نفقة الأقارب كالزوجات، أما غير الأب فلا شك فيه، وأما الأب فلأن في النفقة ضرورة دفع الهلاك عن الولد ولأنها تسقط بمضيّ الزمان، فل لم يحبس سقط حق الولد رأساً فكان في حبسه دفع الهلاك واستدراك الحق عن الفوات، لأن حبسه يحمله على الأداء اهـ. وقدمنا هناك أن هذا خلاف ما عزاه الشارح إلى البدائع. قوله: (وظاهر تقييدهم) أي: بالولد، فإن عبارة الكنز وغيره: ويحبس الرجل بنفقة زوجته لا في دين ولده، إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه ولا يخفى أنها لا تفيد عدم الحبس في نفقة غير الولد. قوله: (لكن ما مر) أي: في أول الباب. قوله: (يفيده) أي: يفيد حبسه بالامتناع عن نفقة القريب المحرم حيث عبر بالمحبوس. قوله: (فتأمل عند الفتوى) أي: حيث حصل الاضطراب في فهم هذا الحكم من كلامهم فلا تعجل في الفتوى.

قلت: وبما نقلناه عن البدائع زال الاضطراب واتضح الجواب، فافهم. قوله: (وسيجيء) أي: في آخر الباب، ويأتي الكلام عليه. قوله: (لا يحبس أصل إلخ) أي: ولو جدّ الأم لأنه لا قصاص عليه بقتل ولد بنته، فكذا لا يحبس بدينه، وقيد بالأصل لأن الولد يحبس بدين أصله وكذا القريب بدين قريبه كما في الخانية. بحر. وسيذكر الشارح آخر الباب نظماً جماعة ممن لا يحبس وسيأتي عدتهم عشرة. قوله: (بل يقضي القاضي إلخ) أفاد أنه لا فرق في عدم الحبس بين الموسر والمعسر، لكن يبيع القاضي مال الأب لقضاء دين ابنه إذا امتنع، لأنه لا طريق له إلا البيع وإلا ضاع. أفاده في البحر. وذكر في جواهر الفتاوى: لا يحبس الأب إلا إذا تمرّد على الحاكم اهـ. لكن ما ذكر من أن القاضي يقضي دينه يغني عن حبسه[1] ذكره الرمليّ عن المصنف. قوله: (من عين ماله) أي: إن كان من جنس الدين، وقوله: «أو قيمته» أي: إن كان من غير جنسه، كما لو كان الدين دراهم والمال دنانير فتباع الدنانير بالدراهم ويقضي بها الدين عند الإمام وصاحبيه. قوله: (والصحيح إلخ) مقابله: أنه يبيع عندهما المنقول دون العقار، وأما عنده فلا يبيع المنقول ولا العقار، وقدمنا أن المفتى به قولهما.

مَطْلَبٌ : فِي اسْتِخْلَافِ الْقَاضِي نَائِباً عَنْهُ

قوله: (ولا يستخلف قاض إلخ) أي: ولو بعذر. بحر عن العناية، فدخل فيه ما لو وقعت له

(1) قال الرافعي: قوله: (لكن ما ذكر من أن القاضي يقضي دينه يغني عن حبسه) قد يقال: إنه مع التمرد لا يتيسر للقاضي أداء الدين فاحتاج حينئذ للحبس أو هو للتمرد.

(إلا إذا فوّض إليه) صريحاً كولّ من شئت أو دلالة كجعلتك قاضي القضاة، والدلالة هنا أقوى لأن في الصريح المذكور يملك الاستخلاف لا العزل، وفي الدلالة يملكهما كقوله: ولّ من شئت واستبدل أو استخلف من شئت، فإن قاضي القضاة هو الذي يتصرف فيهم مطلقاً تقليداً وعزلاً (بخلاف المأمور بإقامة الجمعة) فإنه يستخلف بلا تفويض ....

حادثة فلا يستخلف بلا تفويض. ففي البحر عن السراجية: القاضي إذا وقعت له حادثة أو لولده فأناب غيره وكان من أهل الإنابة وتخاصما عنده وقضى له أو لولده جاز، ثم قال: «وقد سئلت عن صحة تولية القاضي ابنه قاضياً حيث كان مأذوناً له بالاستخلاف فأجبت بنعم، وشمل إطلاقه الاستخلاف ما إذا كان مذهب الخليفة موافقاً لمذهبه أو مخالفاً، ثم قال: وظاهر إطلاقهم أن المأذون له بالاستخلاف يملكه قبل الوصول إلى محل قضائه، وقد جرت عادتهم بذلك، وسئلت عنه فأجبت بذلك اهـ. ثم نقل عن شرح أدب القضاء أنه ذكر في موضع أن القاضي إنما يصير قاضياً إذا بلغ إلى الموضع، ألا ترى أن الأول لا ينعزل ما لم يبلغ هو البلد، وفي موضع آخر: ينبغي له أن يقدم نائبه قبل وصوله ليتعرف عن أحوال الناس اهـ. فالأول يفيد أنه لا يملكه قبل وصوله، إلا أن يقال: إن قاضي القضاة مأذون بذلك من السلطان، وهو الواقع الآن اهـ ملخصاً.

قلت: وما نقله ثانياً صريح في أن له الإنابة قبل وصوله، والتعليل بالتعرف عن أحوال الناس لا ينافي أن للنائب القضاء قبل وصول المنيب، لأن التعرف يكون بالقضاء، فحينئذ إذا وصل نائبه فالظاهر انعزال الأول، لأن النائب قائم مقام المنيب، وقد عللوا لعدم انعزال الأول قبل وصول الثاني بصيانة المسلمين عن تعطيل قضاياهم وبوصول نائب الثاني لا تتعطل قضاياهم، وحيث كان الواقع الآن هو الإذن من السلطان فلا كلام، وبه اندفع ما قيل إنه لا يعوّل على ما أفتى به في البحر. قوله: (إلا إذا فوّض إليه) ومثله نائب القاضي. قال في البحر عن الخلاصة: الخليفة إذا أذن للقاضي في الاستخلاف فاستخلف رجلاً وأذن له في الاستخلاف جاز له الاستخلاف ثم وثم اهـ. قوله: كقوله: (ولّ من شئت واستبدل) هذا تنظير لا تمثيل: أي: فإنه في الدلالة يملك الاستخلاف والعزل نظير ما لو صرّح بهما. قوله: (أو استخلف من شئت) لا يصح عطفه على قوله: «واستبدل» لأنه يقتضي أنه لو قال: ولّ من شئت واستخلف من شئت يملك العزل أيضاً، وليس كذلك لأن استخلف بمعنى ولّ، بل نص في البحر في هذه الصورة على أنه لا يملك العزل فتعين عطفه على قوله: «ولّ» وعليه فكان المناسب أن يقول: كقوله: ولّ أو استخلف من شئت واستبدل. قوله: (فإن قاضي القضاة إلخ) في موضع التعليل لقوله: «وفي الدلالة يملكها». قوله: (فيهم) أي: في القضاة. قوله: (تقليداً وعزلاً) تفسير للإطلاق. قوله: (فإنه يستخلف بلا تفويض) فإن كان قبل شروعه لحدث أصابه لم يجز أن يستخلف إلا من كان شهد الخطبة، وإن بعد الشروع فاستخلف من لم يشهدها جاز. نهر: أي: لأنه بان

للإذن دلالة. ابن ملك وغيره. وما ذكره منلا خسرو، قال في البحر: لا أصل له، وإنما هو فهم فهمه من بعض العبارات، وقد مر في الجمعة **(نائب القاضي المفوّض إليه الاستنابة)** فقط لا العزل **(نائب عن الأصل)** وهو السلطان، وحينئذ **(فلا يملك أن يعزله القاضي بغير تفويض منه)** للعزل أيضاً كوكيل وكل **(و)** كذا **(لا ينعزل)** أيضاً بعزله ولا بموته ولا بموت السلطان ....

وليس بمفتتح والخطبة شرط الافتتاح، وقد وجد في حق الأصل. فتح واعترض بما لو استخلف شخصاً لم يشهد الخطبة ثم أفسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعة فإنه يجوز. وأجيب بأنه لما صح شروعه فيها وصار خليفة للأول التحق بمن شهدها، واستظهر في العناية الجواب بإلحاقه بالباني لتقدّم شروعه فيها. قوله: **(للإذن دلالة)** لأن المولى عالم بتوقتها، وأنه إذا عرض عارض فاتت لا إلى خلف، ومعلوم أن الإنسان غرض للأعراض فتح. قال في النهر: وهو ظاهر في جواز الاستخلاف للمرض ونحوه، وتقييد الزيلعي بالحدث لا دليل عليه، وقدمنا في الجمعة مسألة الاستنابة بغير عذر فارجع إليه اهـ.

وحاصل ما مر في الجمعة أنه قيل: لا يصح الاستخلاف بلا إذن السلطان إلا إذا سبقه الحدث فيها. وقيل إن لضرورة جاز: أي: لحدث أو غيره، وإلا فلا. وقيل يجوز مطلقاً، وعليه مشى في شرح المنية والبحر والنهر، وكذا الشرنبلالي والمصنف والشارح. قوله: **(وما ذكره منلا خسرو)** أي: في الدرر والغرر من باب الجمعة من أنه لا يستخلف للصلاة ابتداء بل بعدما أحدث، إلا إذا كان مأذوناً من السلطان بالاستخلاف اهـ. وهو ما مر عن الزيلعي. قوله: **(وقد مر في الجمعة)** ومر أيضاً هناك عن العلامة محب الدين بن جرباش في النجعة في تعداد الجمعة أن إذن السلطان بإقامة الخطبة شرط أول مرة للباني، فيكون الإذن منسحباً لتولية النظار الخطباء وإقامة الخطيب نائباً، ولا يشترط الإذن لكل خطيب اهـ بحر. وقدمنا هناك نحوه عن فتاوى ابن الجلبي وذكرنا هناك أن معناه أن إذن السلطان شرط في أول مرة، فإذا أذن لشخص بإقامتها كان له الإذن لآخر، وللآخر الإذن لآخر وهكذا، وليس المراد أن إذن السلطان بإقامتها أول مرة يكون إذناً لكل من أراد إقامتها في ذلك المسجد بدون إذن من السلطان أو من مأذونه كما يوهمه ظاهر العبارة، وتقدم تمامه فراجعه. قوله: **(المفوّض إليه)** بالجر نعت للقاضي. قوله: **(بغير تفويض منه)** أي: من السلطان. درر. قوله: **(كوكيل وكل)** أي: بإذن الموكل فإنه لا يملك عزله ولا ينعزل بموته، وينعزلان بموت الموكل، بخلاف الوصي حيث يملك الإيصاء إلى غيره، ويملك التوكيل والعزل في حياته لرضا الموصي بذلك دلالة لعجزه. بحر. قوله: **(وكذا لا ينعزل أيضاً بعزله)** أي: لا ينعزل النائب بعزل القاضي: أي: بعزل السلطان له. قوله: **(ولا بموته)** أي: موت القاضي المستنيب. قوله: **(ولا بموت السلطان)** أي: لا ينعزل النائب به كما لا ينعزل المستنيب، بخلاف

بل بعزله. زيلعي وعيني وابن ملك وغيرهم في الوكالة. واعتمده في الدرر والملتقى. وفي البزازية: وعليه الفتوى، وتمامه في الأشباه. وفي فتاوى المصنف: وهذا هو المعتمد في المذهب، لا ما ذكره ابن الغرس لمخالفته للمذهب (ونائب غيره) أي: غير المفوّض إليه (إن قضى عنده أو) في غيبته و(أجازه) القاضي (صح) قضاؤه لو أهلاً، بل لو قضى فضولي أو هو في غير نوبته وأجازه جاز، لأن المقصود حصول رأيه. بحر. ....

موت الموكل فإنه ينعزل به الوكيل، والفرق كما في وكالة الزيلعي أن السلطان عامل للمسلمين فلا ينعزل بموته القاضي الذي ولاه هو أو ولاه القاضي بإذنه، والموكل عامل لنفسه فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه. قوله: (بل بعزله) أي: بعزل السلطان للنائب. قوله: (واعتمده في الدرر) أي: في متنها حيث قال: ولا ينعزل: أي: نائب القاضي بخروجه: أي: القاضي عن القضاء، وقال في الملتقى: فنائبه لا ينعزل بعزله ولا بموته، بل هو نائب السلطان الأصيل اهـ. فالضمير راجع إلى عدم عزل النائب بموت القاضي أو بعزله ط. قوله: (وتمامه في الأشباه) قال فيها: فتحرر من ذلك اختلاف المشايخ في انعزال النائب بعزل القاضي وموته، وقول البزازي: الفتوى على أنه لا ينعزل بعزل القاضي، يدل على أن الفتوى على أنه لا ينعزل بموته بالأولى؛ ثم نقل عن التاترخانية: القاضي رسول عن السلطان في نصب النواب اهـ ط. قوله: (وفي فتاوى المصنف إلخ) حيث سئل عما ذكره ابن الغرس، من أن نائب القاضي في زماننا ينعزل بعزله أو بموته فإنه نائبه من كل وجه. أجاب: لا يعتمد على ما ذكره ابن الغرس لمخالفته للمذهب، فقد نقل الثقات أن النائب لا ينعزل بعزل الأصيل ولا بموته. قال الزيلعي: من كتاب الوكالة لا يملك القاضي الاستخلاف إلا بإذن الخليفة، ثم لا ينعزل بعزل القاضي الأول ولا بموته، وينعزلان بعزل الخليفة لهما ولا ينعزلان بموته، وهو المعتمد في المذهب، ولم نر خلافاً في المسألة، والله سبحانه أعلم اهـ. لكن الخلاف موجود[1] كما مر عن الأشباه. قوله: (صح قضاؤه لو أهلاً) في التاترخانية عن المحيط: ولو أن السلطان لم يأذن له في الاستخلاف، فأمر رجلاً فحكم بين اثنين لم يجز حكمه، ثم إن القاضي لو أجاز ذلك الحكم ينظر: إن كان بحال يجوز حكمه لو كان قاضياً جاز إمضاء القاضي حكمه، وإن كان بحال لا يجوز حكمه لو كان قاضياً ينظر: إن كان ممن يختلف فيه الفقهاء كالمحدود في القذف جاز إمضاؤه ذلك، وإن كان عبداً أو صبياً لم يجز. قوله: (بل لو قضى فضولي) أي: من غير استخلاف أصلاً. قوله: (أو هو) أي: القاضي كما لو كان مولى في كل أسبوع يومين، فقضى في غير اليومين توقف قضاؤه، فإن أجازه في نوبته جاز. جامع الفصولين.

(1) قال الرافعي: قوله: (لكن الخلاف موجود إلخ) لكن الظاهر أن مراد المصنف بقوله: ولم نر خلافاً إلخ خلاف في الاعتماد بدليل صدر عبارته.

قال: وبه علم دخول الفضولي في القضاء.

فرع: في الأشباه والمنظومة المحبية: لو فوّض لعبد ففوّض لغيره صح، ولو حكم بنفسه لم يصح، ولو عتق فقضى صح، بخلاف صبيّ بلغ (وإذا رفع إليه حكم قاض) خرج المحكم ودخل الميت والمعزول والمخالف لرأيه لأنه نكرة في سياق

قوله: (في القضاء) أي: ليس خاصاً بعقد نحو البيع والنكاح. قوله: (ففوّض لغيره صح) ظاهره: ولو بدون الإذن الصريح، لأنه مأذون دلالة للعلم بأن قضاءه بنفسه لا يصح. تأمل. قوله: (ولو عتق إلخ) ومثله لو فوّض لكافر فأسلم فهو على قضائه عند محمد كما قدمناه عند قوله: «أهله أهل الشهادة» وقدمنا هناك وجه الفرق بينهما وبين الصبي، حيث يحتاج إلى تجديد التفويض. قوله: (خرج المحكم) فأنه إذا رفع حكمه إلى قاض أمضاه إن وافق مذهبه، وإلا أبطله لأن حكمه لا يرفع خلافاً كما يأتي في التحكيم ح. قوله: (ودخل الميت إلخ) وكذا قاضي البغاة، فإذا رفع إلى قاضي العدل نفذه كما ذكره الشارح عند قول المصنف فيما مر: «ويجوز تقليد القضاء من السلطان العادل والجائر وأهل البغي» وقدمنا فيه ثلاثة أقوال، وأن المعتمد أنه ينفذه وافق رأيه أو لا، فافهم. قوله: (والمخالف لرأيه) أي: رأي القاضي المرفوع إليه الحكم، لكن فيه تفصيل يأتي قريباً، وأما لو كان القاضي الأول حكم بخلاف رأيه، فسيأتي في قول المصنف: «قضى في مجتهد فيه إلخ».

مَطْلَبٌ : فِي عُمُومِ النَّكِرَةِ فِي سِيَاقِ الشَّرْطِ

قوله: (لأنه نكرة إلخ) تعليل لقوله: «ودخل إلخ» قصد به الرد على الزيلعي حيث ذكر أن كلام المصنف يوهم اختصاصه بما إذا كان موافقاً لرأيه، وقد تبع الشارح في هذا التعليل صاحب البحر. وفيه نظر[1]، وكان المناسب أن يقول: بدله لأنه مطلق عن التقييد. أما العموم فممنوع لما صرحوا به في كتب الأصول كالتحرير وغيره من أن النكرة إنما تعم نصاً إذا وقعت في سياق النفي، ومنه وقوعها في الشرط المثبت إذا كان يميناً، لأنها تكون على النفي كقوله: إن كلمت رجلاً فعبدي حرّ، فإن الحلف على نفيه، فالمعنى: لا أكلم رجلاً، فهي نكرة في سياق النفي فتعم. ولهذا لا تعم في الشرط المثبت[2]، مثل: إن لم أكلم رجلاً، لأنه على الإثبات، كأنه قال: لأكلمنّ رجلاً فلا تعم. وأما الشرط في غير اليمين مثل: إن جاءك رجل فأطعمه فليس نصاً في العموم، ومثله ما نحن فيه فافهم.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وفيه نظر) ليس الضمير في لأنه عائداً للقاضي كما في ط، لأنه في «البحر» قال لكون الحكم نكرة إلخ، ولا شك أنه نكرة عامة لكونه نكرة مضافة فتعم ويؤكد بقاءها على العموم وقوعها في سياق الشرط، فهو نظير إن جاءني غلام رجل فعبدي حر، فإنه يعتق بمجيء أيّ غلام، بخلاف جاءني غلام رجل، فإنه لا عموم له، وإن كان نكرة مضافة لإسناد المجيء الواقع خارجاً إليه، وهو لا يسند إلا لخاص تأمل.

(2) قال الرافعي: قوله: (ولهذا لا تعم في الشرط المثبت إلخ) حقه المنفي.

الشرط فتعم، فافهم (آخر) قيد اتفاقي إذ حكم نفسه قبل ذلك كذلك. ابن كمال (نفذه) أيْ: ألزم الحكم والعمل بمقتضاه لو مجتهداً فيه ....

مَطْلَبٌ: مَا يَنْفُذُ مِنَ القَضَاءِ وَمَا لاَ يَنْفُذُ

قوله: (إذ حكم نفسه قبل ذلك) أي: قبل الرفع إليه كذلك: أي: كحكم قاض آخر في أنه ينفذه إذا رفع إليه، ويكون هذا رافعاً للخلاف فيه، ولا يحتاج في نفوذه على المخالف إلى قاض آخر، لكن ذكر ذلك ابن الغرس[1] سؤالاً، وأجاب عنه بأنه لا يصح، لأنه غير ممكن شرعاً، إذ القاضي لا يقضي لنفسه بالإجماع، والحكم به حكم بصحة فعل نفسهِ فيلغو اهـ.

قلت: هذا ظاهر بالنسبة إلى رفع الخلاف، أما بالنسبة إلى منع الخصم وإلزامه به فلا، فتأمل. قوله: (نفذه) أي: يجب عليه تنفيذه قوله: (لو مجتهداً فيه) بنصب «مجتهداً» خبراً لكان المقدرة بعد «لو» واسمها ضمير عائد إلى حكم العائد إليه ضمير نفذه.

ثم اعلم أنهم قسموا الحكم ثلاثة أقسام: قسم يرد بكل حال، وهو ما خالف النص أو الإجماع كما يأتي وقسم يمضي بكل حال، وهو الحكم في محل الاجتهاد بأن يكون الخلاف في المسألة وسبب القضاء[2]، وأمثلته كثيرة، منها: لو قضى بشهادة المحدودين بالقذف بعد التوبة وكان يراه كشافعي؛ فإذا رفع إلى قاض آخر لا يراه كحنفي يمضيه ولا يبطله، وكذا لو قضى لامرأة بشهادة زوجها وآخر أجنبي فرفع لمن لا يجيز هذه الشهادة أمضاه، لأن الأول قضى بمجتهد فيه فينفذ لأن المجتهد فيه سبب القضاء، وهو أن شهادة هؤلاء هل تصير حجة للحكم أم لا؟ فالخلاف في المسألة وسبب الحكم لا في نفس الحكم، وكذا لو سمع البينة على الغائب بلا وكيل عنه وقضى بها ينفذ، لأن المجتهد فيه سبب القضاء، وهو أن البينة هل تكون حجة بلا خصم حاضر، فإذا رآها صح. وسيأتي اختلاف الترجيح في الأخيرة. وقسم اختلفوا فيه: وهو الحكم المجتهد فيه وهو ما يقع الخلاف فيه بعد وجود الحكم، فقيل ينفذ، وقيل يتوقف على إمضاء قاض آخر وهو الصحيح كما في الزيلعي وغيره، وبه جزم في الخانية. وحكى ابن الشحنة في رسالته المؤلفة في الشهادة على الخط عن جده ترجيح الأول، فإذا رفع إلى الثاني فأمضاه يصير كأن القاضي الثاني حكم في فصل مجتهد فيه فليس للثالث نقضه، ولو أبطله الثاني بطل، وليس لأحد أن يجيزه، كما لو قضى لولده على أجنبيّ أو لامرأته أو كان القاضي محدوداً في قذف، لأن نفس القضاء مختلف فيه، وسيشير الشارح إلى القسم الأخير، وتمام الكلام على ذلك في رسالة

---

(1) قال الرافعي: قوله: (لكن ذكر ذلك ابن الغرس إلخ) فيه أن معنى التنفيذ لحكم نفسه إلزام الحكم والعمل بمقتضاه وليس في هذا الحكم لنفسه قصداً بل تبعاً، ولا مانع من ذلك تبعاً كما لو زوج اليتيمة، ثم حصل ترافع في زواجها فحكم بصحته، فإنه يصح حكمه وإن تضمن الحكم لنفسه تأمل.

(2) قال الرافعي: قوله: (بأن يكون الخلاف في المسألة وسبب القضاء) الظاهر التعبير بفي، أو يقال: إن العطف للتفسير تأمل.

عالماً باختلاف الفقهاء فيه، فلو لم يعلم لم يجز قضاؤه ولا يمضيه الثاني في ظاهر المذهب. زيلعي وعيني وابن كمال. ....

ابن الشحنة المذكورة والبزازية، وسيأتي له مزيد تحقيق. قوله: (عالماً) حال من قول المصنف: «قاضٍ آخر» وساغ مجيء الحال منه وهو نكرة لتخصصها بالوصف وهو آخر، ولا يصح كونه خبراً بعد خبر لكان المقدرة بعد «لو» في قوله: «لو مجتهداً فيه» لأن الضمير المستتر فيها عائد إلى الحكم كما علمت، فيلزم أن يكون الضمير المستتر في «عالماً» عائداً إلى الحكم أيضاً، ولا يصح.

مَطْلَبٌ مُهِمٌّ فِي قَوْلِهِمْ: يُشْتَرطُ كَوْنُ القَاضِي عَالِماً بِاخْتِلاَفِ الفُقَهَاءِ

قوله: (عالماً باختلاف الفقهاء فيه إلخ) أقول: ذكر ذلك أيضاً في البحر، فذكر أن هذا شرط نفاذ القضاء في ظاهر المذهب؛ ثم ذكر عبارة الخلاصة، ثم قال: والتحقيق المعتمد أن علمه بكون ما حكم به مجتهداً فيه شرط، وأما علمه بكون المسألة اجتهادية فلا[1]، ويدل عليه ما في الفتاوى الصغرى اهـ. ثم ذكر مسألة قضاء القاضي مخالفاً لرأيه، وأطال الكلام عليها. وسيذكرها المصنف في قوله: «قضى في مجتهد فيه» بخلاف رأيه إلخ، ويأتي الكلام عليها، وهذه غير مسألة اشتراط العلم التي نحن فيها ولم يوفها صاحب البحر حقها، حتى اشتبهت على بعض المحشين فتكلم عليها بما قالوه في المسألة الثانية الآتية، مع أنهما مسألتان متغايرتان، فافهم. ومسألة اشتراط العلم وقع فيها نزاع، وقد ألف فيها العلامة المحقق الشيخ قاسم رسالة:

حاصلها: أن وضع المسألة المذكورة في قضاء القاضي المجتهد في حادثة له فيها رأي مقرر قبل قضائه في تلك الحادثة التي قصد فيها المتفق عليه، فحصل حكمه في المحل المختلف فيه وهو لا يعلم، ثم بان أن قضاءه هذا على خلاف رأيه المقرر قبل هذه الحادثة، فحينئذ لا ينفذ قضاؤه؛ وأما إذا وافق قضاؤه رأيه في المسألة ولم يعلم حال قضائه أن فيها خلافاً، فلم يقل أحد من علماء الإسلام بأنه لا ينفذ قضاؤه، خلافاً لمن زعم ذلك، وبيان ذلك بالنصوص الصريحة منها قول الإمام حسام الدين الشهيد في الفتاوى الصغرى: إذا قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا ينفذ، فإنه ذكر في السير الكبير: رجل مات وله مدبرون حتى عتقوا، ثم جاء رجل وأثبت ديناً على الميت، فباعهم القاضي على ظن أنهم عبيد وقضى بجوازه ثم ظهر أنهم مدبرون كان قضاؤه بذلك باطلاً، وإن قضى في فصل مجتهد فيه وهو جواز بيع المدبر، لكن لما لم يعلم بذلك كان باطلاً اهـ.

فعلم: أن الضابط أخذ من فرع وقع فيه القضاء على خلاف رأيه السابق، وهو أن المدبر لا يباع، فلذا كان قضاؤه باطلاً، وعدم العلم دليل بقاء رأيه السابق؛ أما لو كان عالماً وقضى

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وأما علمه بكون المسألة اجتهادية فلا) الأوضح التعبير بخلافية.

....

على خلاف رأيه السابق حمل على تبدّل اجتهاده بدليل ما في السير الكبير في باب الفداء الذي يرجع إلى أهله حيث قال: مات وله رقيق وعليه دين كثير، فباع القاضي رقيقه وقضى دينه، ثم قامت البينة لبعضهم أن مولاه كان دبره، فإن بيع القاضي فيه يكون باطلاً؛ ولو كان القاضي عالماً بتدبيره واجتهد وأبطل تدبيره لكونه وصية وباعه في الدين ثم ولى قاض آخر يرى ذلك خطأ فإنه ينفذ قضاء الأول إلخ، فعلم أن عدم النفاذ ليس هو لعدم العلم لكونه بيع الحر. وقال الحسام أيضاً: قال في كتاب الرجوع عن الشهادة: إذا قضى القاضي بشهادة محدودين في قذف وهو لا يعلم بذلك ثم ظهر لا ينفذ قضاؤه، وهو محمول على محدودين شهدا بعد التوبة كما في قضاء شرح الجامع، ومن المعلوم أن قضاءه هذا على خلاف رأيه المقرر قبل ذلك فلذا لم ينفذ، فعدم النفاذ لعدم صحة الشهادة لا لعدم العلم، فإذا ظهر أن هذا في قضاء القاضي المجتهد، وأن اعتبار العلم وعدمه إنما هو للدلالة على البقاء على الاجتهاد الأول أو تبدله، وأنه لو كان على وفق رأيه نفذ، وإن لم يعلم بالخلاف ظهر لك أن اعتبار هذا في القاضي المقلد جهالة فاحشة، وخرق لما أجمعت عليه الأمة في أن المقلد إذا قضى بقول إمامه مستوفياً للشروط نفذ قضاؤه، سواء علم أن في المسألة خلافاً أو لا، وصار المختلف فيه بقضائه متفقاً عليه كما صرحت به نصوص المختصرات والمطولات وامتنع نقضه بالإجماع. هذا خلاصة ما في تلك الرسالة.

وحاصله: أن اشتراط كون القاضي المجتهد عالماً بالخلاف إنما هو لبيان أن الموضع المختلف فيه الذي لم يقصد الحكم به لعدم علمه به كصحة بيع المدبر، وقبول شهادة المحدود لا يصير محكوماً به في ضمن الحكم الذي قصده وهو بيع عبد المديون لقضاء دينه، وقبول شهادة العدل في الصورتين السابقتين ونحوهما، إذ لا وجه لصيرورته محكوماً به مع عدم علمه به وقصد له ومع كونه مخالفاً لرأيه، بخلاف ما إذا كان عالماً به وقصد الحكم به، فإنه وإن خالف رأيه يصح حكمه به، ويكون ذلك رجوعاً عن رأيه السابق لتغير اجتهاده فينفذ، وإذا رفع إلى قاض آخر أمضاه، وهذا كلام في غاية التحقيق[1]، وحيث كان هذا هو ظاهر الرواية فلا يعدل عنه، وكأن

(1) قال الرافعي: قوله: (وهذا كلام في غاية التحقيق) الظاهر أن ما نقله العلامة قاسم من عدم نفاذ الحكم مسألة أخرى موضوعها ما إذا حكم غير عالم بالمحكوم به، وأنه إذا كان عالماً به يصح ويحمل على تبدل رأيه بدون تحقق الشرط الذي ذكره الشارح، وهذه طريقة أخرى غير ما فيه، والمتبادر من كلام الشارح وغيره أن موضوع المسألة ما إذا كان القاضي يرى عدم بيع المدبر مثلاً، ثم خالف رأيه وحكم بالصحة، فيقال: لا ينفذ حكمه إلا إذا علم باختلاف العلماء فيه، فإنه حينئذ يكون رجوعاً عن رأيه إلى رأي غيره، فيكون رأياً حادثاً له أو تقليداً لغيره فينفذ، وإذا لم يعلم ذلك يكون باقياً على رأيه بدون تقليد غيره فيكون مجازفاً في حكمه فلا ينفذ، هذا هو المفهوم من عباراتهم في هذه المسألة، وحينئذ ترجع هذه المسألة لمسألة حكم القاضي بخلاف رأيه، كما شرحه في «البحر» فتأمل.

لكن في الخلاصة: ويفتى بخلافه وكأنه تيسيراً، فليحفظ بعد دعوى صحيحة من خصم على خصم حاضر، وإلا كان إفتاء فيحكم بمذهبه لا غير. بحر. وسيجيء آخر الكتاب. وأنه إذا ارتاب في حكم الأول له طلب شهود الأصل، قال: وبه عرف أن تنافيذ زماننا لا تعتبر لترك ما ذكر، ....

صاحب الخلاصة فهم أن المراد اشتراط علمه بالخلاف فيما قصد الحكم به أو لم يقصد فلذا قال: ويفتى بخلافه، ولا سيما إن كان فهم أيضاً أنه شرط في المجتهد وغيره، إذ لا شك في عسر ذلك ولا سيما على قضاة زماننا فافهم، والله سبحانه أعلم. قوله: (بعد دعوى صحيحة إلخ) الظرف متعلق بحكم في قوله: «حكم قاض» أو بمحذوف خبر أيضاً لكان المقدرة بعد «لو» في قوله: «لو مجتهداً فيه» قال في البحر أول كتاب القضاء: فإن فقد هذا الشرط لم يكن حكماً وإنما هو إفتاء، صرح به الإمام السرخسي؛ وبأنه شرط لنفاذ القضاء في المجتهدات.

ونقل الشيخ قاسم في فتاواه الإجماع عليه. ثم قال هنا في البحر: فالحاصل أن الحكم المرفوع لا بد أن يكون في حادثة وخصومة صحيحة كما صرح به العمادي والبزازي، وقالا: حتى لو فات هذا الشرط لا ينفذ القضاء لأنه فتوى اهـ. فلو رفع إلى حنفيّ قضاء مالكيّ بلا دعوى لم يلتفت إليه ويحكم بمقتضى مذهبه، ولا بد في إمضاء الثاني لحكم الأول من الدعوى أيضاً كما سمعت اهـ: أي: لا بد في حكم الثاني إذا رفع إليه حكم الأول من أن يكون أيضاً بعد دعوى صحيحة كما نقله قبله عن البزازية، وهذه الدعوى والخصومة تسمى الحادثة لحدوثها عند القاضي ليحكم بها، بخلاف ما كان من لوازم تلك الحادثة فإنه لم يحدث بدون الخصومة فيه، فلذا لم يصح حكمه به قبلها كما يأتي بيانه في الموجب قريباً.

ثم اعلم أن اشتراط تقدم الدعوى إنما هو القضاء القصدي القولي دون الضمني والفعلي كما سنحققه في الفروع، وكذا ما تسمع فيه الدعوى حسبة ومنه الوقف كما يأتي قريباً. قوله: (وإلا) أي: وإن لم يكن حكم الأول بعد دعوى صحيحة لم يكن قضاء صحيحاً بل كان إفتاء: أي: بياناً لحكم الحادثة، وإذا كان إفتاء لم يلزم القاضي الثاني تنفيذه، بل يحكم بمقتضى مذهبه وافق حكم الأول أو خالفه، فافهم. قوله: (وسيجيء آخر الكتاب) أي: في مسائل شتى قبيل الفرائض، وحاصله: ما قدمناه عن البحر. قوله: (وأنه إذا ارتاب إلخ) عطف على الضمير المستتر في «سيجيء» فإن هذا الحكم مذكور هناك أيضاً اهـ ح. لكن هذا ذكره في البحر. وقال في النهر: ولم أجده لغيره، وتبعه الحموي ط. قوله: (وقال) أي: صاحب البحر. وسبقه إلى ذلك العلامة ابن الغرس. قوله: (وبه عرف) أي: بما ذكر فإنه أفاد أن شرط صحة الحكم كونه بعد دعوى صحيحة إلخ. قوله: (لترك ما ذكر) فمؤدّاها إحاطة القاضي الثاني علماً بحكم القاضي الأول على وجه التسليم له، وأنه غير معترض عنده ويسمى اتصالاً ويتجوز بذكر الثبوت والتنفيذ فيه اهـ ابن الغرس.

وقد تعارفوا في زماننا القضاء بالموجب، ....

قلت: وللعلامة ابن نجيم صاحب البحر رسالة في الحكم بلا تقدم الدعوى، وقال في آخرها: واعلم أن هذا فيما تشترط فيه الدعوى، وأما الوقف فالصحيح عدم اشتراطها[1] لكونه حق الله تعالى، فتقبل البينة بلا دعوى ويحكم به كما في البزازية والظهيرية والعمادية وغيرها، فعلى هذا لا إنكار على التنافيذ الواقعة في زماننا لكتب الأوقاف، لأن حاصلها إقامة البينة على حكم قاض بالوقف، فقولهم إن التنافيذ في زماننا ليست أحكاماً إنما هو في غير الوقف إلخ اهـ ملخصاً.

قلت: لكن هذا ظاهر في الوقف على الفقراء وفي إثبات مجرد كونه وقفاً، أما كونه موقوفاً على فلان أو فلان وأن الواقف شرط كذا أو كذا فهذا حق عبد فلا بد فيه من دعواه لإثبات حقه، وكذا في إثبات شروطه كما يعلم مما ذكرناه في كتاب الوقف، فتأمل.

مَطْلَبٌ مُهِمٌّ: في الحُكْمِ بِالمُوجِبِ

قوله: (وقد تعارفوا إلخ) هذا من متعلقات اشتراط صحة الدعوى من خصم على خصم حاضر لصحة القضاء، وبيانه أنه إذا وقع تنازع في موجب خاص من مواجب ذلك الشيء الثابت عند القاضي ووقعت الدعوى بشروطها كان حكماً بذلك الموجب فقط دون غيره، فلو أقرّ بوقف عقار عند القاضي، وشرط فيه شروطاً وسلمه إلى المتولي ثم تنازعا عند القاضي الحنفي في صحته ولزومه، فحكم بهما وبموجبه لا يكون حكماً بالشروط، فللشافعي أن يحكم فيها بمقتضى مذهبه، ولا يمنعه حكم الحنفي السابق، وتمامه في الأشباه. وذكر في البحر: أن القاضي إذا قضى بشيء في حادثة بعد دعوى صحيحة لا يكون قضاء فيما هو من لوازمه، إلى أن قال: فقد علمت من ذلك كثيراً من المسائل، فإذا قضى شافعيّ بصحة بيع عقار وموجبه لا يكون حكماً منه بأنه لا شفعة للجار لعدم حادثتها، وكذا إذا قضى حنفيّ لا يكون حكماً بأن الشفعة للجار، وإن كانت الشفعة من مواجبه لأن حادثتها لم توجد وقت الحكم ولا شعور للقاضي بها، وكذا إذا قضى مالكيّ بصحة التعليق في اليمين المضافة لا يكون حكماً بأنه لا يصح نكاح الفضولي المجاز بالفعل لعدمه وقته فافهم، فإن أكثر أهل زماننا عنه غافلون اهـ. وكذا قال العلامة قاسم. أما كون الحكم حادثة فاحتراز عما لم يحدث بعد، كما لو حكم بموجب إجارة لا يكون حكماً بالفسخ بموت أحد المتآجرين لأنه لم توجد فيه خصومة اهـ.

قلت: وقد ظهر من هذا أن المراد بالموجب هنا الذي لا يصح به الحكم هو ما ليس من

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وأما الوقف فالصحيح عدم اشتراطها إلخ) عدم اشتراطهم الدعوى إنما هو للحكم بالوقف، وليس في كلامهم ما يدل على عدم اشتراطها لتنفيذ هذا الحكم، فبدون الدعوى يكون التنفيذ خالياً عن الحكم الواقع في التنافيذ في الأوقاف عدم تقدم دعوى للحكم، فالإنكار ما زال وارداً تأمل.

....

مقتضيات العقد، فالبيع الصحيح مقتضاه خروج المبيع عن ملك البائع ودخوله في ملك المشتري، واستحقاق التسليم والتسلم في كل من الثمن والمثمن ونحو ذلك، فإن هذه وإن كانت من موجباته لكنها مقتضيات لازمة له، فيكون الحكم به حكماً بها، بخلاف ثبوت الشفعة فيه للخليط أو للجار مثلاً، فإن العقد لا يقتضي ذلك: أي: لا يستلزمه، فكم من بيع لا تطلب فيه الشفعة، فهذا يسمى موجب البيع، ولا يسمى مقتضى، وهذا معنى قول بعض المحققين من الشافعية: إن الموجب عبارة عن الأثر المترتب على ذلك الشيء، وهو والمقتضى مختلفان، خلافاً لمن زعم اتحادهما، إذ المقتضى لا ينفك والموجب قد ينفك، فالأول كانتقال الملك للمشتري بعد لزوم البيع، والثاني كالرد بالعيب، والموجب أعم لأنه الأثر اللازم، سواء كان ينفك أو لا اهـ. وهذا أحسن مما قاله العلامة ابن الغرس من أن موجب الشيء ما أوجبه ذلك الشيء واقتضاه، فالموجب والمقتضى في الأصل واحد، ولكن يلزم من بعض الصور أن الموجب في باب الحكم أعم، وهو التحقيق إذ لو باع مدبرة ثم تنازعا عند القاضي الحنفي فحكم بموجب ذلك البيع صح الحكم، ومعناه الحكم ببطلان ذلك البيع، ومن المعلوم أن الشيء لا يقتضي بطلان نفسه فظهر أن الحكم في هذه الصورة لا يكون حكماً بالمقتضى وإلا كان باطلاً وكان للشافعي نقضه، والحكم بصحة البيع إذ لا مقتضى للبيع عند الحنفي لأنه باطل، ويصح عند الحنفي أن يقال: موجب هذا البيع البطلان اهـ ملخصاً.

وإنما قلنا: إن ما مر أحسن لأنه يرد على ما قاله ابن الغرس أنه كما يقال إن الشيء لا يقتضي بطلان نفسه، فكذلك يقال إنه لا يوجب بطلان نفسه، فدعواه أنهما في الأصل بمعنى واحد، وأن هذا السبب هو الداعي إلى الفرق بينهما هنا غير مسلم، فالظاهر أن الفرق بينهما هو اشتراط عدم الانفكاك في المقتضى لا في الموجب فالموجب أعم، فالحكم بالموجب عندنا لا يصح، ما لم يكن حادثة بأن وقع فيه الترافع والتنازع عند الحاكم كما مر، فإذا وقع التنازع في صحة البيع ولزومه فحكم بموجب ذلك البيع كان حكماً بصحته، وبباقي مقتضياته الشرعية التي لا تنفك عنه كملك المشتري المبيع ولزوم دفعه الثمن ونحو ذلك، بخلاف موجبه المنفك عنه كاستحقاق الجار الأخذ بالشفعة لعدم الحادثة كما قلنا.

مَطْلَبٌ : المُوجِبُ عَلَى ثَلاثَةِ أقْسَامٍ

ثم اعلم أن ابن الغرس ذكر أن الموجب على ثلاثة أقسام، لأنه إما أن يكون أمراً واحداً أو أموراً يستلزم بعضها بعضاً أو لا. فالأول: كالقضاء بالأملاك المرسلة والطلاق والعتاق، إذ لا موجب لها سوى ثبوت ملك الرقبة للعين والحرية وانحلال قيد العصمة. والثاني: كما إذا ادعى ربّ الدين على الكفيل بدين له على الغائب المكفول عنه وطالبه به فأنكر الدين فأثبته وحكم بموجب ذلك، فالموجب هنا أمران: لزوم الدين للغائب ولزوم أدائه على الكفيل، والثاني يستلزم الأول في الثبوت، والثالث: كما إذا حكم شافعيّ بموجب بيع عقار اقتصر الحكم على ما وقعت

....

به الدعوى فلا يكون حكماً بأنه لا شفعة للجار، وهكذا في نظائره. هذا حاصل ما قرره ابن الغرس، وتبعه في النهر وزاد عليه قسماً رابعاً، لكن يرجع إلى كونه شرطاً للقسم الثاني كما يظهر بالتأمل لمن راجعه.

تنبيه: قدمنا آنفاً عن البحر عن فتاوى الشيخ قاسم أنه نقل الإجماع على أن تقدم الدعوى الصحيحة شرط لنفاذ الحكم، وأيد ذلك صاحب البحر في رسالة ألفها في ذلك؛ ثم قال: فقد استفيد مما في هذه الكتب المعتمدة أنه لا فرق بين ما إذا كان القاضي حنفياً أو غيره، إلى أن قال: ومما فرّعته على أن قضاء المخالف إذا رفع إلينا فإنا نمضيه فيما وقع حكمه به لا في غيره ما لو قضى شافعي ببينة ذي اليد على خارج نازعه، ثم تنازع ذو اليد وخارج آخر عند حنفي فإنه يسمع الدعوى ولا يمنع قضاء الشافعي من سماعها بناء على أن مذهبنا أن القضاء بالملك لا يكون قضاء على الكافة، بل يقتصر على المقضيّ عليه، وهو الخارج الأول، وإن كان مذهب الحاكم تعدّيه كما قدمناه من أن قضاء المالكي بغير دعوى غير صحيح عندنا وإن صح عنده، فإذا رفع إلينا لا ننفذه، وكذلك هنا لا نتعرض على الخارج الأول، وأما الثاني فلم يقع حكمه عليه على مقتضى مذهبنا. ومما فرّعته: لو حجر شافعيّ على سفيه بعد دعوى صحيحة ثم رفعت إلينا حادثة من تصرفاته، فإنا نحكم بمذهب أبي يوسف ومحمد في الحجر على السفيه، فإنهما وإن وافقا الشافعي في أصل لحجر، لم يوافقاه في أنه يؤثر في كل شيء، وإنما يؤثر عندهما فيما يؤثر فيه الهزل، فإذا تزوجت السفيهة التي حجر عليها شافعي ولم يرفع نكاحها إليه ولم يبطله بل رفع إلى حنفي، فله أن يحكم بصحته لو الزوج كفؤاً على قولهما المفتى به، ولا يمنعه مذهب الحاجر، لعدم وجود حادثة التزوج وقت الحجر، ولم تكن لازمة للحجر حتى تدخل ضمناً لقبول الانفكاك، لجواز أن لا تتزوج المحجورة أصلاً، وقد توقف فيه بعض من لا اطلاع له على كلامهم اهـ.

قلت: ويعلم منه ما يقع الآن من وقوع التنازع في صحة الإجارة الطويلة عند قاض شافعي فيحكم بصحتها وبعدم انفساخها بموت ولا غيره، فإن عدم الانفساخ بالموت لم يصر حادثة وقت الحكم، لأن الموت لم يوجد وقته، فللحنفي أن يحكم بالفسخ بالموت كما أفتى به في الخيرية. وذكر ابن الغرس من هذا القبيل: ما لو وهب ابنه وسلمه العين الموهوبة وقضى شافعيّ بالموجب ثم بعد مدة رجع الواهب في هبته وترافعا عند القاضي الحنفي فحكم ببطلان الرجوع. قال: وقد حصل التنازع في هذه المسألة بين أهل المذهبين: فقال القاضي الشافعي: حكم الحنفي باطل لأني حكمت قبله بموجب الهبة، ومن موجبها عندي أن الأب يملك الرجوع، والحكم في الخلافية يجعلها وفاقية، وقال القاضي الحنفي: الرجوع حادثة مستقلة وجدت بعد الحكم الأول بمدة طويلة، فكيف تدخل تحت حكمه؟ وأجيب فيها بأن الموجب هنا أمور: هي خروج العين من

وهو عبارة عن المعنى المتعلق بما أضيف إليه في ظن القاضي شرعاً من حيث إنه يقضي به، فإذا حكم حنفي بموجب بيع المدبر كان معناه الحكم ببطلان البيع،

ملك الواهب ودخولها في ملك الموهوب له، وملك الواهب الرجوع إذا كان أباً عند الشافعي، وعدمه عند الحنفي؛ فإن كان التداعي عند القاضي ليس إلا في انتقال العين من ملك الواهب إلى ملك الموهوب له اقتصر القضاء بالموجب على ذلك، فإذا كان القاضي الأول شافعياً لا يصير كون الأب يملك الرجوع محكوماً به، وإذا كان حنفياً لا يصير عدم ملكه ذلك محكوماً به، فللقاضي الثاني أن يحكم بمذهبه: أي: لأن الأمر الأول لا يستلزم الأمر الثاني في الثبوت. **قال**: فتبين أن القضاء في حقوق العباد يشترط له الدعوى الموصلة له شرعاً على وجه يحصل به المطابقة، إلا ما كان على سبيل الاستلزام الشرعي: أي: كما في مسألة الكفالة المارّة، وليس للقاضي أن يتبرّع بالقضاء بين اثنين فيما لم يتخاصما إليه فيه اهـ ملخصاً. فاغتفر التطويل في هذا المقام بما حواه من الفوائد العظام. **قوله: (وهو عبارة عن المعنى)** أي: كخروج المبيع من ملك البائع، ودخوله في ملك المشتري، ووجوب التسلم والتسليم، ونحو ذلك من مقتضيات البيع ولوازمه، فذلك المعنى المحكوم به المضاف إلى البيع المتعلق به في ظن القاضي شرعاً هو الموجب ها هنا، وهو الذي اقتضاه عقد البيع. وأما الحكم بموجب بيع المدبر، فهو المعنى الذي أضيف إلى ذلك البيع في ظن القاضي شرعاً وهو كون ذلك البيع باطلاً، ولكن هذا المعنى ليس هو مقتضى ذلك البيع، إذ البيع لا يقتضي بطلان نفسه اهـ ابن الغرس. وظهر منه أن المراد بما في قوله: **(بما أضيف له)** هو البيع مثلاً، فإن دخول المبيع في ملك المشتري متعلق بذلك البيع ومضاف إليه شرعاً في ظن القاضي: أي: في قصده من حيث إنه يقضي به: أي: يقصد القضاء به وكذا غيره من مقتضيات البيع اللازمة له واحترز به عما لا يقصد القضاء به لعدم التنازع فيه كثبوت حق الشفعة، وأفاد أن الموجب قد يكون مقتضى كما مثلنا، وقد يكون غير مقتضى كبطلان بيع المدبر، فإنه موجب لا مقتضى على ما قررنا سابقاً، فافهم. ثم لا يخفى أن هذا التعريف مع ما فيه من التعقيد، خاص بالموجب الذي وقع الحكم به صحيحاً[1] مع أن الموجب أعم منه، فإن المعنى المتعلق بذلك البيع المضاف إليه يصدق على ثبوت حق الشفعة فيه وثبوت رده بخيار عيب ونحو ذلك مما ليس من مقتضياته اللازمة له، بدليل ما مر من أن الموجب قد يكون أموراً يستلزم بعضها بعضاً أو لا يستلزم فالأظهر والأخصر تعريفه بما قدمناه من أنه الأثر المترتب على ذلك الشيء، وإن أراد تخصيصه بما يقع به الحكم صحيحاً عندنا يزيد على ذلك قولنا إذا صار حادثة، فيخرج ما لا حادثة فيه كما لو حكم شافعي بموجب بيع بعد إنكاره لا يكون حكماً بثبوت خيار المجلس مثلاً، مما

(1) **قال الرافعي**: قوله: (ثم لا يخفى أن هذا التعريف مع ما فيه من التعقيد خاص بالموجب الذي وقع الحكم به صحيحاً إلخ) ليس في التعريف ما يقتضي تخصيص الموجب بالذي وقع الحكم به صحيحاً، بل هو أعم مما وقع الحكم به صحيحاً أولاً.

ولو قال الموثق وحكم بمقتضاه لا يصح، لأن الشيء لا يقتضي بطلان نفسه، وبه ظهر أن الحكم بالموجب أعم. نهر (إلا ما) عري عن دليل مجمع أو (خالف كتاباً) لم يختلف في تأويله السلف كمتروك تسمية (أو سنة مشهورة) ....

ليس من لوازمه ومثله ما قدمناه من مسألة الهبة وغيرها هذا ما ظهر لي في هذا المحل، فتأمل.

قوله: (ولو قال الموثق) هو كاتب القاضي الذي يكتب الوثيقة وهي المسماة حجة في زماننا.

قوله: (وبه ظهر أن الحكم بالموجب أعم) أي: من المقتضى، فإن بطلان بيع المدبر موجب لا مقتضى لما ذكره فكل مقتضى موجب ولا عكس، والضمير في «به» عائد إلى قوله: «ولو قال الموثق إلخ»[1] فإن الشارح اقتصر على التمثيل ببيع المدبر الذي هو من أفراد الموجب لينبه على أن الموجب لا يلزم كونه مقتضى فلا يرد ما قيل: إن الذي ظهر من عبارته أن بينهما التباين لا العموم، فافهم. قوله: (مجمع) لم يمثل له في شرحه قال ط: والمراد به كما رأيته بهامشه نحو القضاء بسقوط الدين عند ترك المطالبة به سنين. قوله: (لم يختلف في تأويله السلف) الجملة صفة كتاباً، والمراد بالسلف الصحابة والتابعون رضي الله تعالى عنهم أجمعين، لقول الهداية: المعتبر الاختلاف في الصدر الأول وهم الصحابة والتابعون اهـ. وعليه فلا يعتبر اختلاف من بعدهم كمالك والشافعي، وسيأتي أنه خلاف الأصح. قوله: (كمتروك تسمية) أي: عمداً فإنه مخالف لظاهر قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾[1] بناء على أن الواو في قوله: ﴿وإنه لفسق﴾ للعطف، والضمير راجع إلى مصدر الفعل الذي دخل عليه حرف النهي، أو إلى الموصول[2]، واحتمال كونها حالية فتكون قيداً للنهي رد بأن التأكيد بإن واللام ينفيه، لأن الحال في النهي مبناه على التقدير، كأنه قيل لا تأكلوا منه إن كان فسقاً فلا يصلح وإنه لفسق، بل وهو فسق ولم سلم فلم نسلم أنه قيد للنهي، بل هو إشارة إلى المعنى الموجب له: كلا تهن زيداً وهو أخوك، ولا تشرب الخمر وهو حرام عليك. نهر موضحاً. وتمامه في رسالة ابن نجيم المؤلفة في هذه المسألة.

مَطْلَبٌ: فِي الحُكْمِ بِمَا خَالَفَ الكِتَابَ أَوِ السُّنَّةَ أَوِ الإِجْمَاعَ

قوله: (أو سنة مشهورة) قيد بالمشهورة احترازاً عن الغريب. زيلعي. ولا بد ها هنا من تقييد الكتاب بأن لا يكون قطعي الدلالة، وتقييد السنة بأن تكون مشهورة أو متواترة غير قطعية الدلالة، وإلا

---

(1) قال الرافعي: قوله: (والضمير في به عائد إلى قوله: ولو قال الموثق إلخ) لكن لا بد من ملاحظة تعريف الموجب أيضاً حتى يتم الظهور المذكور.

(2) قال الرافعي: قوله: (أو إلى الموصول) على معنى وإن أكله فسق أو جعل ما لم يذكر عليه اسم الله من نفسه فسقاً «نهر».

---

(١) سورة: الأنعام (٦)، الآية: ١٢١.

كتحليل بلا وطء لمخالفته حديث العسيلة المشهورة (أو إجماعاً) كحل المتعة لإجماع الصحابة على فساده وكبيع أم ولد على الأظهر، وقيل ينفذ على الأصح (و)

فمخالفة المتواتر من كتاب أو سنة إذا كان قطعي الدلالة كفر، كذا في التلويح. وأما إذا وقع الخلاف في أنه مؤوّل أو غير مؤوّل فلا بد أن يترجح أحد القولين بثبوت دليل التأويل، فيقع الاجتهاد في بعض أفراد هذا القسم أنه مما يسوغ فيه الاجتهاد أم لا، كذا في الفتح. وظاهر كلامهم يعطي أن آية التسمية على الذبيحة لا تقبل التأويل بل هي نص في المدعي، وفيه نظر يظهر مما مر. نهر: أي: ما مر من احتمال أوجه الإعراب، على أنه إذا كان المراد من النص ظني الدلالة كما مر، ففي عدم نفاذ الحكم بمعارضة نظر ظاهر كما قاله العلامة ابن أمير حاج في شرح التحرير. ثم قال: والذي يظهر أن القضاء بحل متروك التسمية عمداً وبشاهد يمين ينفذ من غير توقف، على إمضاء قاضٍ آخر، وبيع أمهات الأولاد لا ينفذ ما لم يمضه قاض آخر اهـ.

قلت: لكن قد علمت أن عدم النفاذ في متروك التسمية مبني على أنه إذا لم يختلف فيه السلف، وأنه لا اعتبار بوجود الخلاف بعدهم، وحينئذ فلا يفيد احتمال الآية أوجهاً من الإعراب. نعم على ما يأتي من تصحيح اعتبار اختلاف من بعدهم، يقوي هذا البحث ويؤيده ما في الخلاصة من أن القضاء بحل متروك التسمية عمداً جائز عندهما لا عند أبي يوسف، وكذا ما في الفتح عن المنتقى، من أن العبرة في كون المحل مجتهداً فيه اشتباه الدليل لا حقيقة الخلاف، قال في الفتح: ولا يخفى أن كل خلاف بيننا وبني الشافعي أو غيره محل اشتباه الدليل، فلا يجوز نقضه بلا توقف على كونه بين الصدر الأول. والذي حققه في البحر أن صاحب الهداية أشار إلى القولين، فإنه ذكر أولاً عبارة القدوري، وهي: وإذا رفع إليه حكم حاكم أمضاه، إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع وذكر ثانياً عبارة الجامع الصغير، وهي: وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه، فما ذكره أصحاب الفتاوى من المسائل الآتية التي لا ينفذ فيها قضاء القاضي مبني على عبارة القدوري، لا على ما في الجامع. ومن قال: لا اعتبار بخلاف مالك والشافعي اعتمد قول القدوري. ومن قال باعتباره اعتمد ما في الجامع. وفي الواقعات الحسامية عن الفقيه أبي الليث، وبه: أي: بما في الجامع نأخذ، لكن في شرح أدب القضاء أن الفتوى على ما في القدوري اهـ ملخصاً. فقد ظهر أنهما قولان مصححان والمتون على ما في القدوري، والأوجه ما في الجامع ولذا رجحه في الفتح كما يأتي أيضاً. قوله: (كتحليل بلا وطء) أي: تحليل المطلقة الثلاث بمجرد عقد المحلل بلا دخول عملاً بقول سعيد. بحر. قوله: (أو إجماعاً) المراد منه ما ليس فيه خلاف يستند إلى دليل شرعي. بحر. قوله: (كحل المتعة) أي: كالقضاء بصحة نكاح المتعة، كقوله: متعيني بنفسك عشرة أيام فلا ينفذ، بخلاف القضاء بصحة النكاح المؤقت بأيام: أي: بدون لفظ المتعة، فإنه ينفذ كما في الفتح، وقدمنا عنه في النكاح ترجيح قول زفر بصحة النكاح المؤقت بإلغاء التوقيت فينعقد مؤبداً. قوله: (وكبيع أم ولد إلخ) قال شمس الأئمة السرخسي: هذه المسألة تبتني على أن الإجماع المتأخر يرفع الخلاف

من ذلك ما (لو قضى بشاهد ويمين) المدعي لمخالفته للحديث المشهور: «البينة على من ادّعى، واليمين على من أنكر»(١) (أو بقصاص بتعيين الوليّ واحداً من أهل المحلة أو بصحة نكاح المتعة أو الموقت أو بصحة بيع معتق البعض أو بسقوط الدين

المتقدم عند محمد، وعندهما لا يرفع: يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعها، ثم أجمع المتأخرون على عدمه، فكان القضاء به على خلاف الإجماع عند محمد فيبطله القاضي الثاني، وعندهما: لما لم يرفع خلاف الصحابة وقع في محل اجتهاد فلا ينقضه الثاني، لكن قال القاضي أبو زيد في التقويم: إن محمداً روى عنهم جميعاً أن القضاء ببيعها لا يجوز فتح.

وذكر في التحرير أن الأظهر من الروايات أنه لا ينفذ عندهم جميعاً، لكن ذكر أيضاً عن الجامع أنه يتوقف على قضاء قاض آخر، لأن الإجماع المسبوق بخلاف مختلف في كونه إجماعاً ففيه شبهة كخبر الواحد، فكذا في متعلقه وهو ذلك الحكم المجمع عليه، وقدمنا تمام الكلام على ذلك في باب الاستيلاد. **قوله: (ومن ذلك ما لو قضى بشاهد ويمين)** مقتضاه أنه لا ينفذ، وإذا رفع إلى قاض آخر أبطله، مع أنه قال في الفتح: فلو قضى بشاهد ويمين لا ينفذ، ويتوقف على إمضاء قاض آخر، ذكره في أقضية الجامع. وفي بعض المواضع ينفذ مطلقاً اهـ. وفي ط عن الهندية ذكر في كتاب الاستحسان أنه ينفذ على قول الإمام لا على قول الثاني اهـ. **قوله: (لمخالفته إلخ)** الأولى ذكره عقب المسألة الثانية ليكون علة للمسألتين. **قوله: (البينة على من ادعى)** كذا في البحر، وفي الفتح، على المدعي. **قوله: (أو بقصاص إلخ)** أي: إذا قضى القاضي بالقصاص بيمين المدعي أن فلاناً قتله، وهناك لوث من عداوة ظاهرة كما هو قول مالك لا ينفذ لمخالفته السنة المشهورة: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر» وتمامه في الفتح. **قوله: (أو بصحة نكاح المتعة أو الموقت)** لعل الصواب: «لا الموقت»(1) بلا النافية لما قدمناه قريباً عن الفتح من نفاذ القضاء بصحة الموقت، ونقل ط مثله عن الهندية، ولم أر من ذكر عدم نفاذه. **قوله: (أو بصحة بيع معتق البعض)** في الهندية عن الظهيرية: رجل أعتق نصف عبده أو كان العبد بين اثنين أعتقه أحدهما وهو معسر وقضى القاضي للآخر في بيع نصيبه فباع ثم اختصما إلى قاض آخر لا يرى ذلك، ذكر الخصاف أن القاضي يبطل البيع والقضاء. وحكى شمس الأئمة الحلوانيّ عن المشايخ أن ما ذكره الخصاف ليس فيه شيء عن أصحابنا، ولولا قول الخصاف لقلنا: إنه ينفذ قضاؤه لأنه قضاء في فصل مجتهد فيه اهـ ط. **قوله: (أو بسقوط الدين إلخ)** أي: كما قال

(1) **قال الرافعي: قوله: (لعل الصواب لا المؤقت إلخ)** يمكن أن يقال: مراد المؤلف بعدم صحة الحكم بالنكاح المؤقت أن يحكم به مؤقتاً بحيث يرتفع بعد الوقت.

(١) رواه الترمذي في كتاب: الأحكام، باب: ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه. (الحديث: ١٣٤١). ورواه البيهقي ١٠/ ٢٥٢.
انظر جامع الأصول: ١٠/ ١٨٣ (٧٦٧٩).

بمضيّ سنين أو بصحة) طلاق **(الدور وبقاء النكاح)** كما مر في بابه **(وقضاء عبد وصبيّ مطلقاً و)** قضاء **(كافر على مسلم أبداً ونحو ذلك)** كالتفريق بين الزوجين بشهادة المرضعة **(لا ينفذ)** في الكل، وعدّ منها في الأشباه نيفاً وأربعين، وذكر في الدرر لما ينفذ سبع صور، منها لو قضت المرأة بحدّ وقود، ....

بعضهم: إذا لم يخاصم ثلاث سنين وهو في المصر بطل حقه، فلا ينفذ القضاء به لأنه قول مهجور، فإذا رفع إلى آخر أبطله وجعل المدعي على حقه كما في الخانية. **قوله: (أو بصحة طلاق الدور وبقاء النكاح)** أي: صحة التعليق في طلاق الدور لا صحة نفس الطلاق، فإذا قال: إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثاً، فإن القبلية تلغو وتطلق ثلاثاً لأن صحة تعليق الثلاث تؤدي إلى إبطاله، فلو قضى قاض بصحة التعليق وبطلان الطلاق وإبقاء النكاح لا ينفذ. **قوله: (في بابه)** أي: في أول كتاب الطلاق وأوضحنا الكلام عليه هناك، فافهم. **قوله: (وقضاء عبد)** استشكل بأن العبد يصلح شاهداً عند مالك وشريح فيصلح قاضياً، فإذا اتصل به إمضاء قاض آخر ينبغي أن ينفذ كما في المحدود في القذف طـ عن الهندية. **قوله: (مطلقاً)** أي: سواء قضيا على حرّ أو عبد بالغ أو صبيّ مسلم أو كافر اهـ ح. **قوله: (أبداً)** محل ذكره بعد قوله: «لا ينفذ» كما في عبارة الغرر. **قوله: (وعد منها في الأشباه نيفاً وأربعين)** تقدم الكلام عليها آخر كتاب الوقف فراجعه. **قوله: (وذكر في الدرر لما ينفذ سبع صور)** حيث قال: فإن أمضى قضاء من حدّ في قذف وتاب أو قضاء الأعمى أو قضاء امرأة بحد أو قود أو قضاء قاض لامرأته أو قاض بشهادة المحدود التائب وبشهادة الأعمى وقاض لامرأته بشهادة زوجها وقاض بحدّ أو قود بشهادتها نفذ، حتى لو أبطله ثان نفذه ثالث[1]، لأن الاجتهاد الأول كالثاني، والأول تأيد باتصال القضاء فلا ينقض باجتهاد لم يتأيد به لأنه دونه اهـ.

قلت: وفي هذه العبارة من الخفاء ما لا يخفى، لأن القضاء في هذه السبع لا ينفذ ما لم يمضه قاض آخر، لأن المجتهد فيه نفس القضاء لا المقضيّ به، فهو القسم الثالث من الأقسام الثلاثة التي ذكرناها عند قول الشارح: «لو مجتهداً فيه» فقول الدرر نفذ: أي: إمضاء القاضي الثاني

(1) **قال الرافعي: قوله: (حتى لو أبطله ثان نفذه ثالث)** مراده بالثاني الثاني بالنسبة للمنفذ لا بالنسبة للقاضي المحدود أو الأعمى إلخ، ومراده بالاجتهاد الأول ما قضى به المحدود إلخ، وبالثاني ما يراه القاضي المبطل، ولا شك أن القضاء قد تأيد بالتنفيذ الذي هو القضاء الثاني، وهذا بالنسبة للمسائل الأربع الأول، وبالنسبة للمسائل الثلاث الأخيرة قد تأيد الاجتهاد بنفس القضاء فيها قبل التنفيذ، بخلاف اجتهاد القاضي المبطل فإنه لم يتأيد باتصال القضاء به، وبهذا تتضح عبارة «الدرر» ويوافق التعليل المسائل السبع، وليس في كلامه إلا أن التنفيذ في هذه المسائل صحيح بدون أن يتعرض لتوقف القضاء الأول عليه أولاً فتأمل، وبهذا لا يظهر قول المحشي: لأن القضاء في هذه السبع لا ينفذ ما لم يمضه قاض آخر، بل هو نافذ في الثلاثة الأخيرة ومتوقف على الإمضاء في الأربعة الأول.

وسيجيء متناً خلافاً لما ذكره المصنف شرحاً، والأصل أن القضاء يصح في موضع

قضاء القاضي الأول المحدود في قذف إلخ. وقوله: «حتى لو أبطله ثان إلخ» صوابه: حتى لو أبطله ثالث لم يبطل، فتنبه لذلك فإني لم أر من نبه عليه، لكن ما ذكرنا من أنه لا ينفذ قضاء الأول موافق لما في الزيلعي، وهو ظاهر في الأربعة الأول دون الثلاثة الأخيرة، بل هو نافذ فيها فيصح أن يقال فيها: حتى لو أبطله ثان نفذه ثالث: أي: نفذ الثالث قضاء الأول لأنه وقع نافذاً فلم يصح إبطال الثاني له، وهذا هو الموافق لما قدمناه في بيان الأقسام الثلاثة؛ ويوضحه ما في الخانية والبزازية وغيرهما إذا كان نفس القضاء مختلفاً فيه ورفع إلى قاض آخر لا يراه له إبطاله، وإذا رفع إلى من يراه ونفذه ثم رفع إلى ثالث لا يرى ذلك ليس له إبطاله، فلو كان القاضي هو المحدود في قذف فرفع حكمه إلى قاض آخر لا يرى جوازه أبطله الثاني، وكذا لو قضى لامرأته بشهادة رجلين لا يجوز، فلو رفع إلى آخر لا يراه جاز له إبطاله لأنه كما لا يصلح شاهداً لامرأته لا يصلح قاضياً لها، فإنه رفع القضاء الأول إلى من يرى جوازه فأمضاه، ثم رفع إمضاء الثاني إلى ثالث لا يرى جوازه أمضى الثالث إمضاء الثاني ولا يبطله، وكذا قضاء الأعمى، وكذا قضاء المرأة في حد أو قصاص؛ وفيها أيضاً: لو قضى بشهادة محدود في قذف وهو يراه فرفع إلى من لا يراه لا يبطله، وكذا لو قضى بشهادة رجل وامرأتين في الحدود والقصاص اهـ.

والحاصل: أن الخلاف إذا كان بعد القضاء بأن كان المجتهد فيه نفس القضاء الأول لا ينفذ ما لم ينفذه قاض ثان فيكون القضاء الثاني هو النافذ، فإذا رفع إلى ثالث وجب عليه تنفيذه ولا يصح إبطاله إياه، بخلاف ما إذا كان المجتهد فيه نفس المقضيّ به قبل القضاء. فإن القضاء به نافذ بدون تنفيذ وإذا رفع إلى آخر نفذه، وإن لم يكن مذهبه، وهذا ما مر في قوله: «وإذا رفع إليه حكم قاض آخر نفذه» وبخلاف ما خالف الدليل فإنه لا ينفذ وإن نفذه ألف قاض كما قاله الزيلعي، وهذا ما مر في قوله: «إلا ما خالف كتاباً أو سنة مشهورة أو إجماعاً» وبه تمت الأقسام الثلاثة فافهم، واغتنم تحرير هذا المقام. قوله: (وسيجيء متناً) أي: في باب كتاب القاضي إلى القاضي ح. قوله: (خلافاً لما ذكره المصنف شرحاً) حيث عدّ هذه الصورة من جملة ما لا ينفذ[1] لمخالفته

(1) قال الرافعي: قوله: (حيث عد هذه الصورة من جملة ما لا ينفذ إلخ) دعوى المنافاة بين ما ذكر المصنف شرحاً وبين ما في «الدرر» وما يجيء متناً غير ظاهر، وذلك أن ما في «الدرر» وما يجيء متناً في صحة تنفيذ قضاء المرأة في الحد والقود، وما ذكر شرحاً في عدم نفاذ قضائها فيهما، فلا منافاة بين هذه العبارات لاختلاف الموضوع فيها، وما في «الهندية» لا يدل على خلاف في صحة التنفيذ، ولا على خلاف في عدم صحة قضائها فيهما، ونصها في الباب التاسع من القضاء: ولو أن امرأة استقضيت جاز قضاؤها في كل شيء إلا الحدود والقصاص، فإن قضت في الحدود والقصاص ثم رفع قضاؤها إلى قاض آخر، فأمضاه نفذ إمضاؤه، وفي «الخانية»: ولا يكون لغيره أن يبطله وذكر الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي في مقدمة قضاء الجامع أنه لا ينفذ، وهكذا ذكر في وقف فتاوى الناصحي اهـ. والظاهر أن الضمير في لا ينفذ عائد إلى قضاء المرأة لا إلى تنفيذ قضائها فيهما، =

الاختلاف لا الخلاف، والفرق أن للأول دليلاً لا الثاني. وهل اختلاف الشافعي معتبر؟ الأصح نعم. صدر الشريعة (يوم الموت لا يدخل تحت القضاء، بخلاف يوم

الدليل، لكن نقل ط عن الهندية حكاية قولين. قوله: (والفرق إلخ) هذه تفرقة عرفية، وإلا فقد قال تعالى: ﴿وَمَا ٱخْتَلَفَ فِيهِ إِلاَّ ٱلَّذِينَ أُوتُوهُ﴾(١) ﴿وما اختلف الذين أوتوا الكتاب[1] إلا من بعد ما جاءتهم البينة﴾(٢) ولا دليل لهم، والمراد أنه خلاف لا دليل له بالنظر للمخالف، وإلا فالقائل اعتمد دليلاً، ثم مسائل الخلاف التي لا ينفذها هي ما تقدمت في قوله: «إلا ما خالف كتاباً إلخ» ط. قوله: (الأصح نعم) وقيل إنما يعتبر الخلاف في الصدر الأول قال في الفتح: وعندي أن هذا لا يعوّل عليه، فإن صح أن مالكاً وأبا حنيفة والشافعي مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهادياً وإلا فلا، ولا شك أنهم أهل اجتهاد ورفعة، ويؤيده ما في الذخيرة: خالع الأب الصغيرة على صداقها ورآه خيراً لها صح عند مالك ويبرىء الزوج عنه، فلو قضى به قاض نفذ. وسئل شيخ الإسلام عطاء بن حمزة عن أبي الصغيرة زوّجها من صغير وقبل أبوه وكبر الصغيران وبينهما غيبة منقطعة، وقد كان التزوّج بشهادة الفسقة، هل يجوز للقاضي أن يبعث إلى شافعي المذهب ليبطل هذا النكاح بسبب أنه كان بشهادة الفسقة، قال نعم اهـ ط.

قلت: والمسألة الثانية لم أرها في الفتح، بل ذكر مسألة غيرها وذكر عبارته في البحر.

مَطْلَبٌ : يَوْمُ المَوْتِ لاَ يَدْخُلُ تَحْتَ القَضَاءِ

قوله: (يوم الموت لا يدخل تحت القضاء) أي: لا يقضي به قصداً بأن تنازع الخصمان[2]

= والدليل على هذا عدم حكاية خلاف لأحد فيهما، فلم تكن عبارة «الهندية» نصاً فيه تأمل. ثم اعلم أنه في «المنح» لم يذكر التعليل الذي ذكر المحشي لهذه بقوله: لمخالفته الدليل بل ذكر الأصل الذي في الشارح بعد ذكره المسائل التي لا ينفذ فيها القضاء التي منها هذه المسألة، ثم رأيت في «زبدة الدراية» ما نصه: قال الإمام العتابي في شرح «الجامع الصغير» امرأة قلدت القضاء فقضت في الأموال صح، ولو قضت بالحدود والقصاص وأمضاه قاض يرى جوازه نفذ بالإجماع.

(1) قال الرافعي: قوله: (وما اختلف الذين أوتوا الكتاب إلخ) التلاوة: ﴿وما تفرق﴾.

(2) قال الرافعي: قوله: (أي لا يقضي به قصداً بأن تنازع الخصمان إلخ) لا تتأتى المنازعة فيه قصداً بانفراده، إذ هو ليس محل خصومة بل لا بد أن يكون مع دعوى حق آخر، إلا أنه تارة يقضي به تبعاً وتارة لا يقضي كما يظهر من الفروع الآتية، ثم رأيت في حاشية القرماني على «الفصولين» يوم الموت داخل تحت الحكم إذا وقع النزاع في تقدم الملك قصداً كما صرح به البزازي وكذا يوم التزوج، وأما مجرد دعوى يوم الموت فلا يدخل تحت الحكم فإذا وقع النزاع في تقدم الملك قصداً ويوم الموت تبعاً يدخل تحت الحكم تبعاً، فكم من شيء يثبت تبعاً ولا يثبت قصداً، وأكثر اعتراضات المصنف مبني على عدم التفرقة اهـ، وقال في «نور العين»: يدل على وجود الخلاف في =

(١) سورة: البقرة (٢)، الآية: ٢١٣. (٢) سورة: البينة (٩٨)، الآية: ٤.

القتل) فلو برهن على موت أبيه في يوم كذا ثم برهنت امرأة أن الميت نكحها بعد ذلك قضى بالنكاح، ....

في يوم موت آخر أنه كان في يوم كذا، بخلاف ما إذا كان المقصود غيره كتقديم ملك أحدهما، ولذا قال في **البزازية**: فإن ادعيا الميراث وكل منهما يقول: هذا لي ورثته من أبي إن في يد ثالث ولم يؤرخا أو أرّخا تاريخاً واحداً فأنصافاً، وإن أحدهما أسبق فهو له عند الإمامين، وليس فيه القول بدخول يوم الموت تحت القضاء، لأن النزاع وقع في تقديم الملك قصداً اهـ. وفيها ادعى على آخر ضيعة[1] بأنها كانت لفلان وورثتها منه أخته فلانة فماتت وأنا وارثها وبرهن تسمع، ولو برهن المطلوب أن فلانة ماتت قبل فلان: يعني مورثها صح الدفع، وفيه نظر لما تقرر أن زمان الموت لا يدخل تحت القضاء. قيل النزاع لم يقع في الموت المجرد فصار كالورثة تنازعوا في تقديم موت المورّث من المورّث الآخر قبله وبعده كابن الابن مع الابن إذا تنازعا في تقديم موت أبيه قبل الجد أو بعده اهـ. **قوله: (فلو برهن على موت أبيه)** أي: بأن ادعى شيئاً لأبيه وبرهن أن أباه مات وتركه ميراثاً وأنه مات يوم كذا. بيري عن شرح أدب القضاء. **قوله: (قضى بالنكاح)** أي: فيجعل لها الصداق والميراث مع الابن، لأن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء، لأنه لا يتعلق به حكم، لأن الميراث لا يستحق بالموت بل بسبب سابق على الموت والنكاح سبب سابق، وإذا لم يدخل يوم الموت تحت القضاء جعل وجود ذلك التاريخ وعدمه سواء، ولو عدم تقبل البينتان جميعاً ويقضي بحق كل واحد منهما لأن العمل بهما ممكن، فكذا هنا اهـ. بيري عن شرح أدب القضاء. وفيه عن الخانية: ويقضي لها القاضي بالمهر والميراث سواء قضى القاضي ببينة الابن أو لا، لأن القضاء ببينة الابن بموت الأب لا بوقت موته لأن حكم الموت لا يتعلق بوقت الموت، بل في أي: وقت يموت يكون ماله لورثته، فصار كأن الابن أقام البينة على موت الأب ولم يذكر الوقت، وذلك لا يمنع قبول بينة المرأة اهـ.

تنبيه: ذكر الخير الرملي في حاشية البحر من باب دعوى الرجلين: إذا كان الموت مستفيضاً علم به كل كبير وصغير وعالم وجاهل لا يقضي للخصم، ولا يكون بطريق أن القاضي قبل البينة على ذلك الموت بل بطريق التيقن بكذب المدعي، وارجع إلى الخانية من كتاب الشهادة في الفصل الثامن عشر يظهر لك صحة ما قلته اهـ. ويأتي ما يؤيده. ....

= مسألة الوكالة وهي ما لو برهن على وكالته وحكم له بها، ثم المطلوب ادعى أن الطالب مات قبل دعواه وليس له حق القبض تصح الدعوى اهـ.

(1) **قال الرافعي**: قوله: **(وفيها ادعى على آخر ضيعة إلخ)** ذكر في «الظهيرية» هذه المسألة وأن فيها خلافاً على ما نقله عنه السندي، والظاهر اعتماد عدم سماع هذا الدفع، بل هو الصواب على ما يأتي في مسألة ما لو برهن أنه شراه من أبيه منذ سنة وبرهن ذو اليد على موته منذ سنتين، وما ذكر فيها من التعليل لدفع النظر غير ظاهر.

ولو برهن على قتله فيه فبرهنت أن المقتول نكحها بعده لا تقبل، وكذا جميع العقود والمداينات إلا في مسألة الزوجة التي معها ولد فإنه تقبل بينتها بتاريخ مناقض لما

قوله: (لا تقبل) قال في الأجناس: وفرق محمد بينهما بأن القتل يتعلق به حق لازم والموت ليس فيه حق لازم. وبيانه أن القتل ظلماً لم يخل عن قصاص أودية، وفي قبول بينة المرأة على النكاح في زمان متأخر إسقاط أصل القتل لامتناع أن يكون مقتولاً في زمان ثم يبقى حياً فيتزوج فكان ثبوت القتل يتضمن حقاً لازماً، فلما تضمنت بينة المرأة إسقاط هذا الحق لم يعتدّ بها، ولا كذلك بينة الابن على الموت، لأن المرأة بينتها لا تتضمن إسقاط حق الابن، لأن الابن يرث مع المرأة كما يرث إذا انفرد فلم تتعارض البينتان في الإرث بين إسقاطه وإثباته فلذلك لم يمتنع قبول بينها اهـ. وفي البزازية: وكذا لو برهن الوارث أنه قتل مورّثه فبرهن المدعى عليه أنه قتله فلان قبل هذا اليوم بزمان يكون دفعاً لدخوله تحت القضاء اهـ بيري. قوله: (وكذا جميع العقود) كالبيع والهبة والنكاح، فإنها كالقتل تدخل تحت القضاء، فلو برهن أنه باعه كذا يوم كذا وبرهن آخر أنه باعه بعد ذلك لم تقبل، ولو برهن أنه باعه قبله يكون دفعاً. وفي الولوالجية: ولو أقامت امرأة البينة أنه تزوجها يوم النحر بمكة فقضى بشهودها ثم أقامت أخرى بينة أنه تزوجها يوم النحر بخراسان لا تقبل بينتها، لأن النكاح يدخل تحت القضاء فاعتبر ذلك التاريخ. قوله: (إلا في مسألة الزوجة إلخ) أي: فإن يوم القتل لا يدخل فيها تحت القضاء. وصورتها كما في البحر عن الظهيرية: ادعى على رجل أنه قتل أباه عمداً بالسيف منذ عشرين سنة وأنه وارثه لا وارث له سواه، وأقام البينة على ذلك، فجاءت امرأة ومعها ولد وأقامت البينة أن والد هذا تزوجها منذ خمس عشرة سنة، وأن هذا ولده منها ووارثه مع ابنه هذا، قال أبو حنيفة: أستحسن في هذا أن أجيز بينة المرأة وأثبت نسب الولد ولا أبطل بينة الابن على القتل، وكان هذا الاستحسان للاحتياط في أمر النسب بدليل أنه لو أقامت البينة على النكاح ولم تأت بالولد فالبينة بينة الابن وله الميراث دون المرأة، وهذا قول أبي يوسف ومحمد اهـ. لكن قوله: ولا أبطل بينة الابن على القتل ينافي دعوى الاستثناء[1]، وعن هذا قال الخير الرملي في حاشية البحر في أول باب دعوى الرجلين: الظاهر أن حرف النفي زائد، ولم يذكره في التاترخانية حيث قال: وأبطل بينة الابن على القتل، والقياس أنه يقضي ببينة القتل اهـ.

قلت: ويستثنى أيضاً مسألة أخرى ذكرها في دعوى البحر عن خزانة الأكمل: برهن أنه قتل أبي منذ سنة، وبرهن المشهود عليه أن أباه صلى بالناس الجمعة الماضية، قال أبو حنيفة: الأخذ بالأحدث أولى إذا كان شيئاً مشهوراً اهـ. قال الرملي: وهذا يقيد به ما مضى أيضاً، وهو قيد لازم

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ينافي دعوى الاستثناء) لا منافاة كما هو ظاهر، فإنه إذا صح القبول بالنسبة للقتل لا الوقت صح الاستثناء من قوله بخلاف يوم القتل، والمراد بإبطال بينة الابن على القتل كما وقع في عبارة «التتارخانية» إبطالها من حيث التاريخ، فلا تنافي ما في «الظهيرية».

قضى القاضي به من يوم القتل. أشباه. واستثنى محشوها من الأول مسائل، منها: ادّعياه ميراثاً فلأسبقهما تاريخاً.

برهن الوكيل على وكالته وحكم بها فادعى المطلوب موت الطالب صح الدفع.

برهن أنه شراه من أبيه منذ سنة وبرهن ذو اليد على موته منذ سنتين لم تسمع، وقيل تسمع، وسرّه أن القضاء بالبينة عبارة عن رفع النزاع والموت من حيث إنه موت ليس محلاً للنزاع ليرتفع بإثباته، بخلاف القتل فإنه من حيث هو محل للنزاع كما لا يخفى (وينفذ القضاء بشهادة الزور ....

لا بد منه حتى لو اشتهر موت رجل عند الناس منذ عشرين سنة فادعى رجل أنه اشترى منه داره منذ سنة لا يقبل، ثم رأيت ما يشهد به صريحاً في التاترخانية في الفصل الثامن في التهاتر: لو ادعى المشهود عليه أن الشهود محدودون في قذف من قاضي بلد كذا فأقام الشهود أن القاضي مات في سنة كذا لا يقضي به إذا كان موت القاضي قبل تاريخ شهود المدعى عليه مستفيضاً اهـ مختصراً، فراجعه إن شئت اهـ. قوله: (من الأول) وهو أن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء. قوله: (ادعياه ميراثاً إلخ) قدمناه عن البزازية. قوله: (برهن الوكيل) أي: بقبض المال. جامع الفصولين. قوله: (صح الدفع) أي: إذا برهن المطلوب على الموت لأنه ينعزل به الوكيل، فالحكم بالموت هنا لا لذاته بل لأجل العزل. قوله: (من أبيه) أي: من أبي ذي اليد. قوله: (لم تسمع) هو الصواب، لأن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء اهـ. قنية من باب دفع الدعاوى.

قلت: ووجهه: أنه قضاء بيوم الموت قصداً، لأن ما تضمنه وهو عدم الشراء لا تصح البينة عليه، لأنه نفي فتمحض قضاء بالموت فلا يصح. قوله: (وقيل تسمع) وعليه فهي من المستثنيات كما في البحر. قوله: (وسره إلخ) مرتبط بالمتن والمراد بيان وجه الفرق، ولما كان خفياً عبر عنه بالسر. قوله: (من حيث إنه موت) أما إذا كان المقصود من ذكره غيره مما تقام عليه البينة فيكون هو محل النزاع فيدخل تحت القضاء كمسألة دعوى الميراث فإن المقصود من تاريخ الموت تقدّم الملك، وكمسألة دعوى الوكالة فإن المقصود منه انعزال الوكيل. قوله: (فإنه من حيث هو محلّ للنزاع) قدمنا وجهه في عبارة الأجناس.

مَطْلَبٌ: فِي القَضَاءِ بِشَهَادَةِ الزُّوْرِ

قوله: (وينفذ القضاء بشهادة الزور) قيد بها لأنه لو ظهر الشهود عبيداً أو كفاراً أو محدودين في قذف لم ينفذ إجماعاً، لأنها ليست بحجة أصلاً، بخلاف الفساق على ما عرف ولإمكان الوقوف عليهم فلم تكن شهادتهم حجة. بحر. ثم قال وفي القنية: ادعى عليه جارية أنه اشتراها بكذا فأنكر فحلف فنكل فقضى عليه بالنكول تحل الجارية للمدعي ديانة وقضاء كما في شهادة

ظاهراً وباطناً) حيث كان المحل قابلاً والقاضي غير عالم بزورهم **(في العقود)** كبيع ونكاح **(والفسوخ)** كإقالة وطلاق لقول عليّ رضي الله عنه لتلك المرأة: شاهداك زوّجاك. وقالا: وزفر والثلاثة ظاهراً فقط، وعليه الفتوى. شرنبلالية عن البرهان

الزور اهـ. فعلى هذا القضاء بالنكول كالقضاء بشهادة الزور[1] اهـ. **قوله: (ظاهراً وباطناً)** المراد بالنفاذ ظاهراً أن يسلم القاضي المرأة إلى الرجل، ويقول: سلمي نفسك إليه فإنه زوجك ويقضي بالنفقة وبالنفاذ باطناً أن يحل له وطؤها ويحل لها التمكين فيما بينها وبين الله تعالى ط. **قوله: (حيث كان المحل قابلاً إلخ)** شرطان للنفاذ، ويأتي في كلام الشارح محترزهما. **قوله: (في العقود)** أطلقها فشمل عقود التبرعات، قالوا: وفي الهبة والصدقة روايتان، وكذا في البيع بأقل من قيمته في رواية لا ينفذ باطناً، لأن القاضي لا يملك إنشاء التبرعات في ملك الغير، والبيع بأقل تبرّع من وجه. بحر. **قوله: (كبيع ونكاح)** فلو قضى ببيع أمة بشهادة زور حل للمنكر وطؤها[2]، وكذا لو ادعى على امرأة نكاحاً وهي جاحدة أو بالعكس وقضى بالنكاح كذلك حل للمدعي الوطء، ولها التمكين عنده. بحر. **قوله: (والفسوخ)** أراد بها ما يرفع حكم العقد فيشمل الطلاق، ومن فروعها: ادعت أنه طلقها ثلاثاً وهو ينكر وأقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر بعد العدّة حل له وطؤها عند الله تعالى وإن علم بحقيقة الحال، وحل لأحد الشاهدين أن يتزوجها ويطأها ولا يحل للأول وطؤها ولا يحل لها تمكينه. بحر. **قوله: (لقول علي إلخ)** قال محمد رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى في الأصل: بلغنا عن عليّ كرم الله وجهه أن رجلاً أقام عنده بينة على امرأة أنه تزوجها فأنكرت فقضى له بالمرأة، فقالت: إنه لم يتزوجني فأما إذا قضيت علي فجدد نكاحي، **فقال:** لا أجدد نكاحك الشاهدان زوّجاك. قال: وبهذا نأخذ. فلو لم ينعقد النكاح بينهما باطناً بالقضاء لما امتنع من تجديد العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها، وقد كان في ذلك تحصينها من الزنى وصيانة مائه اهـ من رسالة العلامة قاسم المؤلفة في هذه المسألة. **قوله: وبهذا نأخذ،** دليل لما حكاه الطحاوي من أن قول محمد كقول أبي حنيفة. **قوله: (ظاهراً فقط)** أي: ينفذ ظاهراً لا باطناً، لأن شهادة الزور حجة ظاهراً لا باطناً فينفذ القضاء كذلك، لأن القضاء ينفذ بقدر الحجة. درر. **قوله: (وعليه الفتوى)** نقله أيضاً في القهستاني عن الحقائق وفي البحر عن أبي الليث، لكن **قال:** وفي الفتح من النكاح، وقول أبي حنيفة هو الوجه اهـ.

قلت: وقد حقق العلامة قاسم في رسالته قول الإمام بما لا مزيد عليه، ثم أورد عليه

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (فعلى هذا القضاء بالنكول كالقضاء بشهادة الزور)** إنما يظهر أنه كالقضاء بشهادة الزور على أنه بذل وعلى أنه إقرار لا يظهر، فإن القضاء في الإقرار قضاء إعانة فهو بمنزلة الفتوى.

(2) **قال الرافعي: قوله: (فلو قضى ببيع أمة بشهادة زور ورحل للمنكر وطؤها)** وهو للمشتري بأن كانت الدعوى من قبل البائع والمشتري ينكر.

(بخلاف الأملاك المرسلة) أي: المطلقة عن ذكر سبب الملك فظاهراً فقط إجماعاً لتزاحم الأسباب، حتى لو ذكرا سبباً معيناً فعلى الخلاف إن كان سبباً يمكن إنشاؤه، وإلا لا ينفذ اتفاقاً كالإرث، وكما لو كانت المرأة محرّمة بنحو عدة أو ردة، وكما لو علم القاضي بكذب الشهود حيث لا ينفذ أصلاً كالقضاء باليمين الكاذبة. زيلعي.

إشكالاً، وأجاب عنه: وعليه المتون. **قوله: (بخلاف الأملاك المرسلة)** وهي التي لم يذكر لها سبب معين، فإنهم أجمعوا أنه ينفذ فيها ظاهراً لا باطناً، لأن الملك لا بد له من سبب، وليس بعض الأسباب بأولى من البعض لتزاحمها فلا يمكن إثبات السبب سابقاً على القضاء بطريق الاقتضاء، وفي النكاح والشراء يتقدم النكاح والشراء تصحيحاً للقضاء. درر. **قال في البحر**: ولو حذف الأملاك لكان أولى، ليشمل ما إذا شهدوا بزوز بدين لم يبينوا سببه فإنه لا ينفذ. وفي حكم المرسلة الإرث كما يأتي: وظاهر اقتصاره عليها أنه لا ينفذ باطناً في النسب إجماعاً كما في المحيط عن بعض المشايخ، ونص الخصاف على أنه ينفذ عند أبي حنيفة، ففيه روايتان عنه؛ والشهادة بعتق الأمة كالشهادة بطلاق المرأة، وينبغي أن تكون بالوقف كالعتق، ولم أر نقلاً في الشهادة بأن الوقف ملك أو بتزوير شرائط الوقف أو أن الواقف أخرج فلاناً وأدخل فلاناً زوراً إذا اتصل به القضاء، وظاهر الهداية أن ما عدا الأملاك المرسلة ينفذ باطناً، وإذا قلنا بأن الوقف من قبيل الإسقاط فهو كالطلاق والعتاق اهـ ملخصاً. **قوله: (فظاهراً فقط إجماعاً)** فلا يحل للمقضي له الوطء والأكل واللبس وحلّ للمقضي عليه، لكن يفعل ذلك سراً وإلا فسقه الناس. بحر. **قوله: (إن كان سبباً يمكن إنشاؤه)** كالبيع والنكاح والإجارة. **قوله: (كالإرث)** فإنه وإن كان ملكاً بسبب لكنه لا يمكن إنشاؤه فلا ينفذ القضاء بالشهود زوراً فيه باطناً اتفاقاً. بحر. **قال**: وسيأتي الاختلاف في باب اختلاف الشاهدين في أنه مطلق أو بسبب، والمشهور الأول، واختار في الكنز الثاني. **قوله: (وكما لو كانت المرأة محرّمة إلخ)** هذا محترز **قوله**: «حيث كان المحل قابلاً» اهـ ح. فإذا ادعى أنها زوجته وأثبت ذلك بشهادة الزور وهو يعلم أنها محرمة عليه بكونها منكوحة الغير أو معتدّته أو بكونها مرتدة، فإنه لا ينفذ باطناً اتفاقاً، لأنه وإن كان الملك بسبب لكن لا يمكن إنشاؤه، وأما ظاهراً فلا شك في نفاذه كسائر الأحكام بشهادة الزور في غير العقود والفسوخ، وليس المراد بنفاذه ظاهراً حل الوطء له وحل تمكينها منه، بل أمر القاضي لها به، أما الحل فهو فرع نفاذه باطناً، وبما قررناه ظهر أنه كالإرث، فافهم. **قوله: (وكما لو علم القاضي إلخ)** محترز قوله: والقاضي غير عالم بزورهم؛ والظاهر: أنه هنا لا ينفذ ظاهراً كما لا ينفذ باطناً لعدم شرط القضاء، وهو الشهادة الصادقة في زعم القاضي. تأمل. **قوله: (كالقضاء باليمين الكاذبة)** محترز قول المتن: «بشهادة» قالوا: لو ادعت أن زوجها أبانها بثلاث فأنكر فحلفه القاضي فحلف والمرأة تعلم أن الأمر كما قالت لا يسعها المقام معه ولا أن تأخذ من ميراثه شيئاً، وهذا لا يشكل إذا كان ثلاثاً لبطلان المحلية للإنشاء قبل زوج آخر، وفيما دون الثلاث مشكل لأنه يقبل الإنشاء. وأجيب

....

بأنه إنما يثبت إذا قضى القاضي بالنكاح وهنا لم يقض به لاعترافهما به وإنما ادعت الفرقة. زيلعي. وفي الخلاصة: ولا يحل وطؤها إجماعاً. بحر.

قلت: والظاهر أن عدم النفاذ هنا في الباطن فقط. تأمل.

مَطْلَبٌ مُهِمٌّ : المَقْضِيُّ لَهُ أَوْ عَلَيْهِ يَتْبَعُ رَأْيَ القَاضِي وَإِنْ خَالَفَ رَأْيَهُ

تنبيه: أشار المصنف إلى أن قضاء القاضي(1) يحل ما كان حراماً في معتقد المقضيّ له، ولذا قال في الولوالجية: ولو قال لها: أنت طالق البتة فخاصمها إلى قاض يراها رجعية بعد الدخول فقضى بكونها رجعية والزوج يرى أنها بائنة أو ثلاث فإنه يتبع رأي القاضي عند محمد، فيحل له المقام معها، وقيل إنه قول أبي حنيفة، وعلى قول أبي يوسف لا يحل، وإن رفع إلى قاض آخر لا ينقضه، وإن كان خلاف رأيه؛ وهذا إذا قضى له، فإن قضى عليه بالبينونة أو الثلاث والزوج لا يراه يتبع رأي القاضي إجماعاً، وهذا كله إذا كان الزوج له رأي واجتهاد، فلو عامياً اتبع رأي القاضي، سواء قضى له أو عليه؛ هذا إذا قضى، أما إذا أفتى له فهو على الاختلاف السابق، لأن قول المفتي في حق الجاهل بمنزلة رأيه واجتهاده اهـ بحر.

قلت: وقوله: فلو عامياً المراد به غير المجتهد بدليل المقابلة فيشمل العالم والجاهل. تأمل. قال في الفتح: والوجه عندي قول محمد، لأن اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضي يرجحه على اجتهاد الزوج، والأخذ بالراجح متعين، وكونه لا يراه حلالاً إنما يمنعه من القُربان قبل القضاء، أما بعده وبعد نفاذه باطناً فلا اهـ.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (تنبيه أشار المصنف إلى أن قضاء القاضي إلخ) ما في هذا التنبيه يحتاج لتحرير، والذي في «الخلاصة» من الفصل الرابع من القضاء: رجل قال لامرأته: أنت طالق البتة ونوى واحدة بائنة أو رجعية فقضى القاضي بكونها ثلاثاً أخذاً بقول علي رضي الله عنه نفذ القضاء ظاهراً وباطناً، وبعد ذلك إن كان الزوج فقيهاً مجتهداً يتبع رأي القاضي عند محمد، وعند أبي يوسف إن كان مقضياً عليه يتبع رأي القاضي، وإن كان مقضياً له يتبع أشد الأمرين حتى لو قضى له بالرجعة، وهو يعتقدها بائناً يأخذ بالبائن، وإن كان عامياً واستفتى فما أفتاه المفتي صار عنده كالثابت بالاجتهاد، وإن كان لا رأي له في تقديم بعض الفقهاء ولم يستفت يأخذ بما قضى اهـ، ثم رأيت عبارة «الولوالجية» من الفصل الأول بقوله: القاضي إذا قضى في فصل مجتهد فيه إن كان القضاء عليه ينفذ سواء كان المقضي عليه جاهلاً أو عالماً له رأي بخلافه، وإن قضى له إن كان المقضي له جاهلاً لا رأي له ينفذ القضاء، وإن عالماً له رأي بخلافه عند أبي يوسف لا ينفذ، وعند أبي حنيفة ومحمد ينفذ لما ذكرنا قبل هذا، فإن كان المقضي له جاهلاً لكن استفتى فأفتى له مفتٍ هو أفقه وأعلم من القاضي، فهذه المسألة أيضاً على الاختلاف، لأن الفتوى في حق الجاهل بمنزلة رأيه واجتهاده، فصار هذا عين تلك المسألة، وثمة على الاختلاف فكذا هذا اهـ، وبهذا يتضح الحال ويعلم المراد بعبارة «الولوالجية» التي نقلها في «البحر».

ونكاح الفتح (قضى في مجتهد فيه بخلاف رأيه) أي: مذهبه. مجمع وابن كمال (لا ينفذ مطلقاً) ناسياً أو عامداً عندهما والأئمة الثلاثة (وبه يفتى) مجمع ووقاية وملتقى.

مَطْلَبٌ: فِي قَضَاءِ القَاضِي بِغَيرِ مَذْهَبِهِ

قوله: (قضى في مجتهد فيه) أي: في أمر يسوغ الاجتهاد فيه بأن لم يكن مخالفاً لدليل كما مر بيانه، وقوله: «بخلاف رأيه» متعلق بقضى. وحاصل هذه المسألة: أنه يشترط لصحة القضاء أن يكون موافقاً لرأيه: أي: لمذهبه مجتهداً كان أو مقلداً، فلو قضى بخلافه لا ينفذ. لكن في البدائع أنه إذا كان مجتهداً ينبغي أن يصح ويحمل على أنه اجتهد فأداه اجتهاده إلى مذهب الغير، ويؤيده ما قدمناه عن رسالة العلامة قاسم مستدلاً بما في السير الكبير فراجعه، وبه يندفع تعجب صاحب البحر من صاحب البدائع.

واعلم أن هذه المسألة غير مسألة اشتراط كون القاضي عالماً بالخلاف كما نبهنا عليه سابقاً.

مَطْلَبٌ: حُكْمُ الحَنفِيِّ بِمَذْهَبِ أَبِي يُوسُفَ أَوْ مُحَمَّدٍ حُكْمٌ بِمَذْهَبِهِ

قوله: (أي مذهبه) أي: أصل المذهب كالحنفي[1] إذا حكم على مذهب الشافعي أو نحوه أو بالعكس، وأما إذا حكم الحنفي بمذهب أبي يوسف أو محمد أو نحوهما من أصحاب الإمام فليس حكماً بخلاف رأيه. درر: أي: لأن أصحاب الإمام ما قالوا بقول إلا قد قال به الإمام، كما أوضحت ذلك في شرح منظومتي في رسم المفتي عند قولي فيها:

وَٱعْلَمْ بِأَنَّ عَنْ أَبِي حَنِيفَهْ   جَاءَتْ رِوَايَاتٌ غَدَتْ مُنِيفَهْ
ٱخْتَارَ مِنْهَا بَعْضَهَا وَالبَاقِي   يَخْتَارُ مِنْهُ سَائِرُ الرِّفَاقِ
فَلَمْ يَكُنْ لِغَيْرِهِ جَوَابُ   كَمَا عَلَيْهِ قد أَقْسَمَ الأَصْحَابُ

قوله: (وابن كمال) قال في شرحه: لم يقل بخلاف رأيه لإيهامه أن يكون الكلام في المجتهد خاصة، وليس كذلك. قوله: (لا ينفذ مطلقاً إلخ) قال في الفتح: لو قضى في المجتهد فيه ناسياً لمذهبه مخالفاً لرأيه نفذ عند أبي حنيفة رواية واحدة، وإن كان عامداً ففيه روايتان، وعندهما لا ينفذ في الوجهين: أي: وجهي النسيان والعمد، والفتوى على قولهما.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (أي: أصل المذهب كالحنفي) ما ذكره في «الدرر» إحدى طريقتين ففي «أدب المفتي» للسيد محمد صديق حسن خان ما نصه: وقد اختلف الحنفية في أبي يوسف ومحمد وزفر بن الهذيل، والشافعية في المزني وابن شريح وابن المنذر ومحمد بن نصر المروزي، والمالكية في أشهب بن عبد الحكيم وابن القاسم ووهب، والحنابلة في أبي حامد والقاضي هل كان هؤلاء مستقلين بالاجتهاد أو مقتدين بمذاهب أئمتهم على قولين، ومن تأمل أحوال هؤلاء وفتاواهم واختياراتهم علم أنهم لم يكونوا مقلدين لأئمتهم في كل ما قالوه، وخلافهم لهم أظهر من أن ينكر، وإن كان منهم المستقل والمستكثر، ورتبة هؤلاء دون الأئمة في الاستقلال بالاجتهاد.

وقيل بالنفاذ يفتى. وفي شرح الوهبانية للشرنبلاليّ: قضى من ليس مجتهداً كحنفية زماننا، بخلاف مذهبه عامداً لا ينفذ اتفاقاً، وكذا ناسياً عندهما، ولو قيده السلطان بصحيح مذهبه كزماننا تقيد بلا خلاف لكونه معزولاً عنه انتهى. ....

وذكر في الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قوله، فقد اختلف في الفتوى، والوجه في هذا الزمان أن يفتى بقولهما، لأن التارك لمذهبه عمداً لا يفعله إلا لهوى باطل لا لقصد جميل، وأما الناسي فلأن المقلد ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره، هذا كله في القاضي المجتهد؛ فأما المقلد فإنما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة فلا يملك المخالفة فيكون معزولاً بالنسبة إلى ذلك الحكم اهـ. قال في الشرنبلالية عن البرهان: وهذا صريح الحق الذي يعض عليه بالنواجذ اهـ وقال في النهر: وادعى في البحر أن المقلد إذا قضى بمذهب غيره أو برواية ضعيفة أو بقول ضعيف نفذ. وأقوى ما تمسك به ما في البزازية إذا لم يكن القاضي مجتهداً وقضى بالفتوى على خلاف مذهبه نفذ، وليس لغيره نقضه، وله نقضه، كذا عن محمد. وقال الثاني: ليس له نقضه اهـ. وما في الفتح يجب أن يعوّل عليه في المذهب، وما في البزازية محمول على رواية عنهما، إذ قصارى الأمر أن هذا منزل منزلة الناسي لمذهبه، وقد مر عنهما في المجتهد أنه لا ينفذ فالمقلد أولى اهـ ما في النهر. ويأتي قريباً ما يؤيده. قوله: (من ليس مجتهداً) وكذا المجتهد كما مر في كلام الفتح[1]. قوله: (لا ينفذ اتفاقاً) هذا مبني على إحدى الروايتين عن الإمام في العامد، أما على رواية النفاذ فلا تصح حكاية الاتفاق. قوله: (لكونه معزولاً عنه) أي: عن غير ما قيد به. قال الشرنبلالي في شرح الوهبانية: محل الخلاف فيما إذا لم يقيد عليه السلطان القضاء بصحيح مذهب، وإلا فلا خلاف في عدم صحة حكمه بخلافه لكونه معزولاً عنه اهـ ح.

مَطْلَبٌ : الحُكْمُ وَالفَتْوَى بِمَا هُوَ مَرْجُوحٌ خِلافُ الإِجْمَاعِ

قلت: وتقييد السلطان له بذلك غير قيد، لما قاله العلامة قاسم في تصحيحه من أن الحكم والفتوى بما هو مرجوح خلاف الإجماع اهـ. وقال العلامة قاسم في فتاواه: وليس للقاضي المقلد أن يحكم بالضعيف لأنه ليس من أهل الترجيح، فلا يعدل عن الصحيح إلا لقصد غير جميل، ولو حكم لا ينفذ لأن قضاءه قضاء بغير الحق، لأن الحق هو الصحيح وما وقع من أن القول الضعيف يتقوّى بالقضاء المراد به قضاء المجتهد كما بين في موضعه اهـ. وقال ابن الغرس: وأما المقلد

(1) قال الرافعي: قوله: (وكذا المجتهد كما مر في كلام «الفتح») ليس كذلك بل المجتهد محل خلاف فصحت حكاية الاتفاق والتقييد بغير المجتهد، إلا أن كونه محل خلاف على إحدى روايتين والروايتان عن الإمام في المجتهد خاصة هذا ما يفيده كلام «الفتح» ومقتضى ما في «الوهبانية» جريان الخلاف في المقلد أيضاً إلا أن المعتمد ما في «الفتح».

وقد غيرت بيت الوهبانية فقلت:

وَلَوْ حَكَمَ الْقَاضِي بِحُكْمٍ مُخَالِفٍ ... لِمَذْهَبِهِ مَا صَحَّ أَصلاً يُسَطَّرُ

قلت: وأما الأمير فمتى صادف فصلاً مجتهداً فيه نفذ أمره ....

المحض فلا يقضي إلا بما عليه العمل والفتوى اهـ وقال صاحب البحر في بعض رسائله: أما القاضي المقلد فليس له الحكم إلا بالصحيح المفتي به في مذهبه ولا ينفذ قضاؤه بالقول الضعيف اهـ. ومثله ما قدمه الشارح أول كتاب القضاء وقال: وهو المختار للفتوى كما بسطه المصنف في فتاويه وغيره، وكذا ما نقله بعد أسطر عن الملتقط. قوله: (وقد غيرت بيت الوهبانية) وهو:

وَلَوْ حَكَمَ القَاضِي بِحُكْمٍ مُخَالِفٍ ... مُقَلِّدُهُ مَا صَحَّ إِنْ كَانَ يُذْكَرُ

وَبَعْضُهُمُ إِنْ كَانَ سَهْواً أَجَازَهُ ... عَنِ الصَّدْرِ لاَ عَنْ صَاحِبَيْهِ يُصَدَّرُ

وقد أفاد كلام الوهبانية الخلاف فيما إذا قضى به ساهياً: أي: ناسياً مذهبه، وأنه لا خلاف فيما إذا كان ذاكراً، وهذا على إحدى الروايتين عن الإمام كما علمت، ولما كان المعتمد المفتى به ما ذكره المصنف في المتن من عدم النفاذ أصلاً: أي: ذاكراً أو ناسياً[1] غير الشارح عبارة النظم جازماً بما هو المعتمد، فافهم، لكن الأولى كما قال السائحاني تغيير الشطر الثاني[2] هكذا:

* لِمُعْتَمِدٍ فِي رَأْيِهِ فَهْوَ مُهْدَرُ *

مَطْلَبٌ: فِي أَمْرِ الأَمِيرِ وَقَضَائِهِ

قوله: (قلت وأما الأمير إلخ) الذي رأيته في سير التاترخانية: قال محمد: وإذا أمر الأمير العسكر بشيء كان على العسكر أن يطيعوه، إلا أن يكون المأمور به معصية اهـ. فقول الشارح: «نفذ أمره» بمعنى وجب امتثاله. تأمل. وقدمنا أن السلطان لو حكم بين اثنين فالصحيح نفاذه؛ وفي البحر: إذا كان القضاء من الأصل ومات القاضي ليس للأمير أن ينصب قاضياً وإن ولي عشرها وخراجها، وإن حكم الأمير لم يجز حكمه إلخ. وفي الأشباه: قضاء الأمير جائز مع وجود قاضي البلد إلا أن يكون القاضي مولى من الخليفة، كذا في الملتقط اهـ.

والحاصل: أن السلطان إذا نصب في البلدة أميراً وفوّض إليه أمر الدين والدنيا صح قضاؤه، وأما إذا نصب معه قاضياً فلا، لأنه جعل الأحكام الشرعية للقاضي لا للأمير، وهذا هو الواقع في زماننا، ولذا قال في البحر أول كتاب القضاء: سئلت عن تولية الباشا بالقاهرة قاضياً ليحكم في حادثة خاصة مع وجود قاضيها المولى من السلطان، فأجبت بعدم الصحة لأنه لم يفوّض إليه تقليد

---

(1) قال الرافعي: قوله: (أي: ذاكراً أو ناسياً) مقلداً أو مجتهداً.

(2) قال الرافعي: قوله: (لكن الأولى تغيير الشطر الثاني إلخ) ليفيد عدم النفاذ أيضاً إذا قضى برواية ضعيفة في مذهبه.

كما قدمناه عن سير التاترخانية وغيرها، فليحفظ (ولا يقضي على غائب ولا له)

القضاء، ولذا لو حكم بنفسه لم يصح اهـ. قوله: (كما قدمناه) أي: في أول الكتاب في بحث رسم المفتي.

مَطْلَبٌ : فِي الْقَضَاءِ عَلَى الغَائِبِ

قوله: (ولا يقضي على غائب) أي: بالبينة، سواء كان غائباً وقت الشهادة أو بعدها، وبعد التزكية، وسواء كان غائباً عن المجلس أو عن البلد؛ وأما إذا أقرّ عند القاضي فيقضي عليه وهو غائب، لأن له أن يطعن في البينة دون الإقرار، ولأن القضاء بالإقرار قضاء إعانة، وإذا أنفذ القاضي إقراره سلم إلى المدعي حقه عيناً كان أو ديناً أو عقاراً، إلا أنه في الدين يسلم إليه جنس حقه إذا وجد في يد من يكون مقراً بأنه مال الغائب المقر، ولا يبيع في ذلك العرض والعقار لأن البيع قضاء على الغائب فلا يجوز. بحر عن شرح الزيادات للعتابي. لكن في الخامس من جامع الفصولين عن الخانية: غاب المدعى عليه بعد ما برهن عليه أو غاب الوكيل بعد قبول البينة قبل التعديل، أو مات

(١) قال الرافعي: قوله: (قال أبو يوسف: يحكم وهذا أرفق بالناس) كذلك اختاره الخصاف على ما ذكره في «شرح الوهبانية» لكن ما ذكره الزيلعي يدل على ترجيح أنه لا يقضي على الغائب في هذه الصورة حيث ذكر القولين، واقتصر في التعليل لأصل المذهب على ما ذكروه في رسم المفتي من ترجيح القول المعلل على غيره، وكذا ما ذكره في «العناية» حيث قال: وكذلك لا يقضي القاضي في غيبته إذا أنكر وسمعت البينة، ثم غاب قبل القضاء، لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء، لأن البينة إنما تصير حجة بالقضاء، وفيه خلاف أبي يوسف، فإنه يقول: الشرط الإصرار على الإنكار إلى وقت القضاء وهو ثابت بالاستصحاب، وأجيب بأن الاستصحاب يصلح للدفع لا للإثبات اهـ، فإنه يفيد ضعف ما عن أبي يوسف لضعف دليله، وأصله لقاضيخان في شرح «الزيادات» من الباب الثاني من كتاب الدعوى حيث قال: وإن غاب المدعى عليه بعدما جحد وأقيمت عليه البينة ثم عدلت لا يقضي عليه حال غيبته، وعن أبي يوسف يقضي عليه لأن حضرته شرط لإنكاره ولسماع البينة، وقد تحقق فيجوز القضاء كما لو أقر ثم غاب وجه ظاهر الرواية أن حضرة المقضي عليه إنما كان شرطاً ليكون القضاء على من كان في ولايته، والغائب ليس في ولايته ولأن صيانة القضاء عن البطلان واجب ما أمكن، فلو قضى عليه حال غيبته ربما يأتي المدعى عليه بما يبطل قضاءه ولأن القاضي مأمور بالنظر للكل ومن أسباب الدفع ما يسمع قبل القضاء ولا يسمع بعده، فلو جاز حال غيبته قبل عجزه لا يمكنه التدارك، فيؤدي ذلك إلى إبطال حقه بخلاف الإقرار، فإن به لا يقبل منه ما يبطل إقراره إنما يقبل منه دعوى الإيفاء والإبراء وذاك لا يبطل بالقضاء حال غيبته اهـ، ولذا أفتى قارىء «الهداية» فيما إذا ادعى شخص على آخر بحق فأنكر فأقام عليه بينة شهدت له، فتسحب المدعى عليه قبل القضاء فطلب المدعي الحكم عليه ليذهب خلفه بأن المذهب أنه لا يجاب إلى ذلك اهـ، فإن ما أجاب به يقتضي ترجيح ظاهر الرواية، وقد ذكروا في «رسم المفتي» أنه إذا كان في المسألة قولان مصححان، وكان أحدهما في المتون أو ظاهر الرواية، فالأولى الأخذ به، وقالوا: لا تخيير لو كان أحدهما قول الإمام والآخر قول غيره، لأنه لما تعارض التصحيحان تساقطا فرجعنا إلى الأصل وهو تقديم قول الإمام.

أي: لا يصح بل ولا ينفذ على المفتى به. بحر (إلا بحضور نائبه) أي: من يقوم مقام الغائب (حقيقة كوكيله ووصيه ومتولي الوقف) أفاد بالاستثناء أن القاضي إنما يحكم على الغائب والميت[1] لا على الوكيل والوصيّ فيكتب في السجل أنه حكم

الوكيل ثم عدلت تلك البينة لا يحكم بها. وقال أبو يوسف: يحكم وهذا أرفق بالناس[1]. ولو برهن على الموكل فغاب ثم حضر وكيله أو على الوكيل ثم حضر موكله يقضي بتلك البينة، وكذا يقضي على الوارث ببينة قامت على مورثه. قوله: (أي لا يصح) لما في الفتح من أن حضرة الخصم ليتحقق إنكاره شرط لصحة الحكم. بحر. قوله: (بل ولا ينفذ) هذه العبارة غير محررة[2]، لأن نفي الصحة يستلزم نفي النفاذ، وأيضاً فالحكم صحيح، وإنما الخلاف في نفاذه بدون تنفيذ قاض آخر كما أفاده ح. ولذا فسر في البحر كلام الكنز بعدم الصحة؛ ثم قال: والأولى أن يفسر بعدم النفاذ لقولهم: إذا نفذه قاض آخر يراه فإنه ينفذ، ثم ذكر اختلاف التصحيح وسيأتي في كلام الشارح.

قوله: (كوكيله) أطلقه فشمل ما إذا كان وكيلاً في الخصومة والدعوى أو وكيلاً للقضاء، كما إذا أقيمت البينة عليه فوكل ليقضي عليه ثم غاب كما في القنية. بحر. قوله: (ووصيه) أي: وصيّ الميت، فإن الميت غائب ووصيه قائم مقامه حقيقة، ويجوز عود الضمير إلى الصغير المعلوم من المقام فإنه في حكم الغائب وشمل وصيّ الوصيّ، ولو قال: كوليه لكان أولى ليشمل الأب والجد.

قوله: (إنما يحكم على الغائب والميت) ترك الوقف، ويظهر لي أنه يحكم على الواقف فيما

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (أن القاضي إنما يحكم على الغائب والميت إلخ) نقل السندي عن «القنية» ما هو صريح في أن الحكم يكون على الحاضر، ونص عبارة «القنية» التي نقلها: قامت البينة على الوكيل، فغاب وحضر موكله أو على العكس، أو قامت البينة على المورث فمات وحضر وارثه، أو قامت على وارث فغاب وحضر وارث آخر، ففي هذه الصور يقضي على الذي حضر بتلك البينة اهـ، لكن في تتمة الفتاوى مثل ما في الشرح، ونص عبارته: إذا أراد أن يقضي على وكيل الغائب أو على وصي الميت يقضي على الغائب والميت بحضرة الوكيل والوصي، وهكذا يكتب في نسخ المحضر نص عليه القدوري من «أدب القاضي» اهـ وقال عبد الحليم: ظاهر عبارة شرح «الدرر» أن القضاء على الحاضر، وقد صرح به الخجندي في فوائده حيث قال: قامت بينة على الوكيل فغاب وحضر موكله إلى آخر عبارة «القنية» المتقدمة، قال: وسيصرح المصنف به في آخر التحكيم، وهكذا أقول: لا فرق بينهما في المآل انتهى. وفي «البزازية» من الفصل الثاني من كتاب القضاء ما نصه: توجه قضاء القاضي على وكيل الغائب أو وصي الميت يقضي على الوكيل والوصي لا على الغائب والميت، أو يكتب أنه قضى على الميت والغائب بحضرة وكيله ووصيه اهـ، ومع هذا كله ليس في عبارة المصنف ما يفيد حصر القضاء على الغائب والميت كما يفيده تعبير الشارح بإنما.

(2) قال الرافعي: قوله: (هذه العبارة غير محررة) إذا قرىء ينفذ بالتشديد صح الإضراب ويكون جارياً على أحد تصحيحين، وقول ح: الحكم صحيح إلخ غير وارد على المصنف، لأن قصده بيان حكم الحنفي على الغائب، ولا شك أنه غير صحيح، والخلاف إنما هو فيما لو حكم من يراه.

على الميت وعلى الغائب بحضرة وكيله وبحضرة وصيه. جامع الفصولين. وأفاد بالكاف عدم الحصر، فإن أحد الورثة كذلك ينتصب خصماً عن الباقين، وكذا أحد شريكي الدين وأجنبيّ بيده مال اليتيم وبعض الموقوف عليهم: ....

يتعلق به وعلى الوقف فيما يتعلق[1] به. سائحاني.

مَطْلَبٌ : فِيمَنْ يَنْتَصِبُ خَصْماً عَنْ غَيْرِهِ

قوله: (ينتصب خصماً عن الباقين) أي: فيما للميت وعليه، لكن إذا كان في عين فلا بد من كونها في يده، فلو ادعى عيناً من التركة على وارث ليس في يده لم تسمع، وفي دعوى الدين ينتصب أحدهم خصماً، وإن لم يكن في يده شيء بحر. وفيه من متفرقات القضاء أنه ينتصب أحدهم عن الباقي بشروط ثلاثة: كون العين كلها في يده، وأن لا تكون مقسومة، وأن يصدّق الغائب أنها إرث عن الميت اهـ. وقدمنا تمام الكلام على ذلك في كتاب الوقف، وأفاد الخير الرملي في حاشيته على جامع الفصولين: أن اشتراطهم كون العين في يد المدعى عليه يشمل ما لو كان المدعي بعض الورثة على بعض فتسمع الدعوى بشراء الدار من المورث وهي واقعة الفتوى اهـ. **قوله: (وكذا أحد شريكي الدين)** أي: هو خصم عن الآخر في الإرث وفاقاً، وكذا في غيره عندهما لا عند أبي حنيفة، وقوله قياس، وقولهما استحسان. ثم على قولهما: الغائب لو صدّق الحاضر إن شاء شاركه فيما قبض أو اتبع المطلوب بنصيبه. جامع الفصولين. ومقتضاه: أن الدين للمدعي وشريكه. وأما الدعوى بدين لواحد على اثنين، فذكر قبله ما حاصله: أنه يقضي به عليهما عنده في رواية، وفي رواية وهي قول أبي يوسف: يقضي بنصفه على الحاضر؛ ثم قال: يحتمل أن يكون اختلاف الروايات فيه بناء على اختلاف الروايات في جواز الحكم على الغائب. **قوله: (وأجنبي)** أي: من ليس وارثاً ولا وصياً. وقوله: **(بيده مال اليتيم)** الذي في البحر: مال الميت، وصورتها ما في جامع الفصولين: وهب في مرض موته جميع ماله أو أوصى به فمات، ثم ادعى رجل ديناً على الميت، قيل تسمع بينته على من بيده المال؛ وقيل يجعل القاضي خصماً عنه: أي: عن الميت ويسمع عليه بينته، فظهر أن فيه اختلاف المشايخ.

قوله: (وبعض الموقوف عليهم) لما في القنية: وقف بين أخوين مات أحدهما وبقي الوقف في يد الحي وأولاد الميت، فأقام الحي بينة على واحد من أولاد الأخ أن الوقف بطن بعد بطن

(١) قال الرافعي: قوله: (ويظهر لي أنه يحكم على الواقف فيما يتعلق به، وعلى الوقف فيما يتعلق به) لا معنى لجعل الوقف محكوماً عليه، فلعل أصل العبارة: وعلى مستحق الوقف إلخ، ثم رأيت في الرسالة المسماة «بظفر اللاضي بما يجب في القضاء على القاضي» ما نصه: القضاء في الشرع إلزام ذي الولاية بعد الترافع لمعين أو جهة، والمراد بالجهة كالحكم لبيت المال اهـ، ثم رأيت في «العناية» و«الكفاية» آخر النفقات أنه لا بد للقضاء من مقضي له وهو من أهل الاستحقاق اهـ.

أي: لو الوقف ثابتاً كما مر في بابه (أو) نائبه (شرعاً كوصي) نصبه (القاضي) خرج المسخر كما سيجيء (أو حكماً بأن يكون ما يدّعي على الغائب سبباً) لا محالة، فلو شرى أمة ثم ادعى أن مولاها زوّجها من فلان الغائب وأراد ردها بعيب الزواج لم يقبل لاحتمال أنه طلقها وزال العيب. ابن كمال ....

والباقي غيب والواقف واحد تقبل وينتصب خصماً عن الباقي؛ ثم قال: وقف بين جماعة تصح الدعوى من واحد منهم أو وكيله، على واحد منهم أو وكيله، إذا كان الوقف واحداً، وتمامه في البحر. قوله: (أي لو الوقف ثابتاً) أما إذا لم يكن ثابتاً وأراد إثبات أنه وقف فلا، وقدمنا في الوقف تقرير هذه المسألة بأتم وجه، وذكرنا هناك مسائل أخر ينتصب فيها البعض خصماً عن غيره. قوله: (خرج المسخر) هو من ينصبه القاضي لسماع الدعوى على الغائب. قوله: (كما سيجيء) أي: قريباً: أي: مماثلاً لما يأتي من تقييده بغير الضرورة. قوله: (أو حكماً) أي: بأن يكون قيامه عنه حكماً لأمر لازم. فتح. قوله: (سبباً لا محالة) أي: لا تحوّل له عن السببية فاحترز بكونه سبباً عما يكون شرطاً، وسيذكره المصنف، وبقوله: «لا محالة» عما يكون سبباً في حال دون حال، وعما لا يكون سبباً إلا بالبقاء إلى وقت الدعوى، فما يكون سبباً في حال دون حال يقبل في حق الحاضر دون الغائب، وبيانه في مسألتين: الوكيل بنقل العبد إلى مولاه أو بنقل المرأة إلى زوجها، فإذا برهن العبد أنه حرره أو المرأة أنه طلقها ثلاثاً يقبل في حق قصر يد الحاضر، لا في ثبوت العتق أو الطلاق، فإن المدعي هنا على الغائب وهو العتق أو الطلاق ليس سبباً لا محالة لما يدعي على الحاضر، وهو قصر يده بانعزاله عن الوكالة، لأنه قد يتحقق العتق والطلاق بدون انعزال وكيل بأن لا يكون هناك وكالة أصلاً، وقد يتحقق موجباً للانعزال بأن كان بعد الوكالة، فليس انعزال الوكيل حكماً أصلياً للطلاق والعتاق، فمن حيث إنه ليس سبباً لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر خصماً عن الغائب، ومن حيث إنه قد يكون سبباً قبلنا البينة في حق الحاضر بقصر يده وانعزاله؛ وأما ما لا يكون سبباً إلا بالبقاء إلى وقت الدعوى، فلا يقبل مطلقاً، وبيانه في مسائل منها: ما لو برهن المشتري فاسداً على البيع من غائب حين أراد البائع فسخ البيع للفساد لا يقبل في حق الحاضر في الفسخ ولا في حق الغائب في البيع، لأن نفس البيع ليس سبباً لبطلان حق الفسخ لجواز أنه باع من الغائب ثم فسخ البيع بينهما، وإن شهدوا ببقاء البيع وقت الدعوى لا يقبل، لأنه إذا لم يكن خصماً في إثبات نفس البيع لم يكن خصماً في إثبات البقاء، لأن البقاء تبع للابتداء، وتمامه في الفتح وغيره. قوله: (فلو شرى أمة) تفريع على قوله: «لا محالة» فكان الأولى ذكره عند قول المصنف: «ولو كان ما يدعي على الغائب شرطاً بأن يقول بخلاف ما لو شرى أمة إلخ» وبخلاف ما لو كان ما يدعي على الغائب شرطاً إلخ ليكون ذكر محترز القيود في محل واحد. قوله: (لم يقبل) أي: برهانه لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب، لأن المدعي شيئان: الرد بالعيب على الحاضر، والنكاح على الغائب. والثاني: ليس سبباً للأول إلا باعتبار البقاء لجواز أن

(لما يدعي على الحاضر) مثاله: (كما إذا) ادعى داراً في يد رجل و(برهن) المدعي (على ذي اليد أنه اشترى) الدار (من فلان الغائب فحكم) الحاكم (على) ذي اليد (الحاضر كان) ذلك (حكماً على الغائب) أيضاً، حتى لو حضر وأنكر لم يعتبر لأن الشراء من المالِك سبب الملكية لا محالة، وله صور كثيرة ذكر منها في المجتبى تسعاً وعشرين[1] (ولو كان ما يدعي على الغائب شرطاً) لما يدعيه على الحاضر، كما

يكون تزوجها ثم طلقها[2]، وإن برهن على البقاء: أي: إنها امرأته للحال لا يقبل أيضاً، لأن البقاء تبع الابتداء: فتح. قوله: (مثاله) لا حاجة إليه لإغناء الكاف عنه اهـ ح. قوله: (من فلان الغائب) زاد في الفتح: وهو يملكها: أي: لأن مجرد الشراء لا يثبت الملك للمشتري لاحتمال كونها لغير البائع وهو فضولي. قوله: (لأن الشراء من المالك) هذا هو المدعي على الغائب. قوله: (سبب الملكية) أي: والملكية هنا هي المدعي على الحاضر.

مَطْلَبٌ : المَسَائِلُ الَّتِي يَكُونُ القَضَاءُ فِيهَا عَلَى الحَاضِرِ قَضَاء عَلَى الغَائِب

قوله: (تسعاً وعشرين) قال في المنح وفي المجتبى بعد أن علم بعلامة شطب: كل من ادعى عليه حق لا يثبت عليه إلا بالقضاء على الغائب، فالقضاء على الحاضر قضاء على الغائب.

وتظهر ثمرته في مسائل: منها: أقام بينة أن له على فلان الغائب كذا، وأن هذا كفيل عنه بأمره يقضي على الغائب والحاضر، لأنها كالمعاوضة، ولو لم يقل بأمره لا يقضي على الغائب؛ ومنها: لو أقام بينة أنه كفيل بكل ماله على فلان وأن له على فلان ألفاً كانت قبل الكفالة يقضي على الحاضر والغائب، ولا يحتاج إلى دعوى الكفالة بأمره، بخلاف الأولى، لأن الكفالة المطلقة لا توجب المال على الكفيل ما لم توجبه على الأصيل، فصار كأنه علق الكفالة بوجوب المال على الأصيل فانتصب عن الغائب خصماً، ومنها: أن القاذف إذا قال: أنا

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (ذكر منها في «المجتبى» تسعاً وعشرين) لكن ليس كل المسائل المذكورة ما يدعى على الغائب فيها سبباً لما يدعى على الحاضر، بل بعضها كذلك وبعضها شرط، نعم جعل في التتمة الشرط الغير المنفك بمنزلة السبب، لكنه خلاف الأصح وجرى عليه «المجتبى».

(2) قال الرافعي: قوله: (لجواز أن يكون تزوجها ثم طلقها) فيه أن هذا الاحتمال موجود في مسألة المصنف مع أنه لم ينظر إليه وكذلك في كثير من المسائل الآتية عن المجتبى هذا وقد ذكر في التتمة أن مسألة المصنف ما يدعى على الحاضر والغائب شيء واحد وهو الملك وأن ذكر السببية فيما إذا كان المدعى عليهما شيئاً واحداً وقع سهواً يعرف بالتأمل وجعل في الفتح المقضي به عليهما شيئاً واحداً والمدعى به شيئين في هذه الصورة وفي مسألة الكفالة والشفعة ويظهر أنه في هذه لا يضر احتمال ارتفاع السبب بخلاف ما إذا كان المدعى به على الحاضر غير المدعى به على الغائب فإنه يضر.

....

عبد فلان فلا حد عليّ فأقام المقذوف بينة أن فلاناً أعتقه حد، وكان قضاء على الغائب بالعتق؛ ومنها: لو قال له: يا ابن الزانية فقال القاذف: أمه أمة فلان فأقام المقذوف بينة أنها بنت فلان القرشية يحكم بالنسب ويحد؛ ومنها: لو أقام بينة أنه ابن عم الميت فلان، وأن الميت فلان بن فلان يجتمعان إلى أب واحد وأنه وارثه فحسب قضى بالميراث والنسب على الغائب؛ ومنها: لو أقام بينة أن أبوي الميت كانا مملوكين أعتقهما، ثم ولد لهما هذا الولد ومات وأنه مولاه ووارثه قضي بالولاء وكان قضاء بالولاء على الأبوين وحرية المولودين[1] بعد عتقهما؛ ومنها: لو قال لدائن العبد المأذون: ضمنت لدينك عليه إن أعتقه مولاه فأقام بينة عليه أن مولاه أعتقه بعد الضمان والعبد والمولى غائبان يقضي بالضمان، وكان قضاء بالعتق للغائب، وعلى الغائب، ومنها: لو قال المشهود عليه الشاهد عبد فأقام المدعي أو الشاهد بينة أن مولاه أعتقه قبل الشهادة؛ ومنها: لو ادعى شيئاً في يد رجل أنه اشتراه من فلان وأقام بينة يقضي له بالملك والشراء من فلان، ومنها: ما لو قذف عبداً فأقام المقذوف بينة أن مولاه كان أعتقه وادعى كمال الحد؛ ومنها: ما لو أقام العبد المشتري بينة أن البائع كان أعتقه أو رجل آخر أعتقه وهو يملكه؛ ومنها: ما لو قال لرجل: ما بايعت فلاناً فعلي فأقام الرجل بينة على الضامن أنه باع فلاناً عبده بألف، ومنها: ما لو أقام بينة على رجل أنك اشتريت هذه الدار من فلان وأنا شفيعها؛ ومنها: ما لو قال لرجل: عليّ ألف فاقضها فأقام المأمور بينة أنه قضاها يقضي بقبض الغائب والرجوع على الآخر، ومنها: ما لو قال لغيره الذي في يدي لفلان: فاشتره لي وانقد الثمن فأقام المأمور بينة أنه فعل ذلك؛ ومنها: ما لو قال لرجل: اضمن لهذا ماداينني فضمن فأقام الضمين بينة أن فلاناً داينك كذا وإني قضيت عنك؛ ومنها: الكفيل بأمر أقام بينة على الأصيل أنه أوفى الطالب؛ ومنها: ما لو أقام بينة على أن له على فلان ألفاً وأنه أحال بما عليه؛ ومنها: ما لو أقام بينة على رجل أنه كان لفلان عليك ألف أحلته بها عليّ وأديتها إليه؛ ومنها: ما لو طالب البائع المشتري بالثمن فأقام هو بينة أنه أحاله بالثمن على فلان؛ ومنها: ما لو قال لرجل: إن جنى عليك فلان فأنا كفيل بنفسه فأقام بينة أنه جنى عليه فلان؛ ومنها: ما لو أقام بينة على رجل في يده دار أنها له فأقام ذو اليد بينة[2] أن فلاناً وهبها له وسلم أو أودع أو باع؛ ومنها: ما لو أقام ذو اليد بينة أن المدعي باعها من فلان وقبضها تبطل بينة المدعي ويلزم الشراء الغائب؛ ومنها: ما لو قال ذو اليد: أودعنيه[3] فلان فطلب المدعي تحليفه به[4] فنكل فقضى

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وحرية المولودين إلخ) عبارة الأصل وإخوته إلخ.

(2) قال الرافعي: قوله: (فأقام ذو اليد بينة إلخ) أي: وقد ادعى المدعي تلقى الملك من فلان بتاريخ متأخر عن تاريخ للمدعى عليه تأمل.

(3) قال الرافعي: قوله: (ومنها ما لو قال ذو اليد: أودعنيه إلخ) وذلك بأن ادعى على واضع اليد عيناً، =

إذا ادعى عبد على مولاه أنه علق عتقه بتطليق زوجة زيد وبرهن على التطليق بغيبة زيد **(لا)** يقبل في الأصح **(إذا كان فيه إبطال حق الغائب)** فلو لم يكن كما إذا علق طلاق امرأته بدخول زيد الدار ....

عليه[1] نفذ على فلان؛ **ومنها**: ما لو قال: وصل إليّ من زيد وكيل فلان بأمره أو من غاصب منه وحلف المدعي ما يعلم دفع زيد فقضى عليه نفذ على فلان؛ **ومنها**: ما لو أقام بينة على عبد أن مولاه أعتقه وأنه قطع يده بعد ذلك أو استدان منه أو اشترى منه أو باع منه؛ **ومنها**: ما قيل إنه لو قال لامرأته إن طلق فلان امرأته فأنت طالق فأقامت بينة على الحاضر إن فلاناً طلق امرأته؛ **ومنها**: ما لو أقام الحاضر على القاتل بينة[2] أن المولى الغائب قد عفا فتقبل البينة في جميع هذه الصور، ويتضمن القضاء على الحاضر القضاء على الغائب فيها اهـ ح. **قوله: (لا يقبل)** لأن الشرط ليس بأصل بالنسبة إلى المشروط، بخلاف السبب، فإن قضى فقد قضى على الغائب ابتداء. قهستاني ط.

قلت: والمتبادر من إطلاقهم أنه لا يقبل في حق الحاضر ولا في حق الغائب، ويؤيده ما في البحر عن جامع الفصولين: علق طلاقها بتزوّج عليها فبرهنت أنه تزوج عليها فلانة الغائبة عن المجلس هل تسمع حال الغيبة؟ فيه روايتان، والأصح أنها لا تقبل في حق الحاضرة والغائبة فلا طلاق ولا نكاح اهـ. لكن نقل عنه عقبه فرعاً آخر وهو: ادعت عليه أنه كفل بمهرها عن زوجها لو طلقها ثلاثاً وأنه طلقها ثلاثاً، فأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر العلم بوقوع الثلاث فبرهنت به، يحكم لها بالمهر على الحاضر لا بالفرقة على الغائب اهـ. والظاهر: أنه خلاف الأصح بقرينة قوله: والأصح أنها لا تقبل إلخ. **قوله: (في الأصح)** مقابله ما حكاه في الفتح عن بعض المتأخرين كفخر الإسلام والأوزجندي أنهم أفتوا فيه بانتصاب الحاضر خصماً: أي: فالشرط عندهم كالسبب، ويقابله أيضاً ما ذكرناه آنفاً من قبولها في حق الحاضر لا الغائب. ....

- فدفع دعواه بإيداع فلان له ولم يثبتها وعجز المدعي عن إثبات دعواه الملك، فطلب تحليف المدعى عليه على نفي الملك، فنكل فقضى عليه بالملك للمدعي كان قضاء على فلان الغائب، لكن فيه أن النكول حجة قاصرة كالإقرار، فلا يظهر تعديه على الغائب، وأيضاً لو أقام المدعي بينة على دعواه وقضى بها لا يتعدى إلى فلان، إذ الحكم حكم على ذي اليد وعلى من تلقى الملك منه، والمدعى عليه لم يتلقاه من فلان حتى يتعدى إليه، وعلى هذا تكون المسألة التالية لهذه المسألة محل نظر أيضاً كما قال ط، لكن يندفع الإيراد بأن المراد بالنفاذ على الغائب من جهة أمر المدعى عليه بالتسليم فقط، والغائب إذا حضر تسمع دعواه.

(1) **قال الرافعي: قوله: (فطلب المدعي تحليفه به)** عبارة «الحاوي» له.

(2) **قال الرافعي: قوله: (فقضى عليه)** أي: بالبينة أو النكول.

(3) **قال الرافعي: قوله: (ما لو أقام الحاضر على القاتل بينة إلخ)** هكذا عباراتهم، والقصد الحكم على القاتل بنصيب الحاضر من الدية.

يقبل لعدم ضرر الغائب. ومن حيل إثبات العتق على الغائب أن يدعي المشهود عليه أن الشاهد عبد فلان فبرهن المدعي أن مالكه الغائب أعتقه تقبل. ومن حيل الطلاق

قوله: (يقبل لعدم ضرر الغائب) وذكر في الفتح أنه ليس في هذا قضاء على الغائب بشيء إذ ليس فيه إبطال حق له اهـ: أي: لأن دخول الغائب الدار لا يترتب عليه حكم، لكن قال ط: لو كان الغائب علق طلاق امرأته بدخوله الدار، فالظاهر أنه في حكم الأول للزوم الضرر[1] اهـ. قوله: (ومن حيل إثبات العتق إلخ) هي من جملة الصور التسع والعشرين المارة. قوله: (ومن حيل الطلاق إلخ) الأولى إسقاطه لقول البحر، وأما حيل إثبات طلاق الغائب فكلها على الضعيف من أن الشرط كالسبب؛ قال في جامع الفصولين: ومع هذا لو حكم بالحرمة نفذ لاختلاف المشايخ اهـ.

قلت: يعني إذا كان الحاكم مجتهداً، أما المقلد فلا يصح حكمه بالضعيف كما ذكرناه سابقاً نعم نقل في البحر بعد هذا عن الخلاصة الطريق في إثبات الرمضانية أن يعلق وكالة بدخوله فيتنازعان في دخوله فيشهد الشهود فيقضي بالوكالة وبدخوله اهـ قال في البحر: وعليه فإثبات طلاق معلق[2] بدخول شهر حيلة فيه، ولو كان الزوج غائباً لأن هذا ليس من قبيل الشرط، لأنه لا بد أن يكون فعل الغائب، وكذا إثبات ملك أو وقف أو نكاح، فيعلق وكالة بملك فلان ذلك الشيء أو بوقفية كذا أو بكون فلانة زوجة فلان، ويدعي الوكيل فيقول الخصم: وكالتك معلقة بما لم يوجد، فيقول الوكيل بل هي منجزة لتعلقها بكائن، ويبرهن على الملك ونحوه ولا يعلق بفعل الغائب كأن نكح إن وقف إن طلق إن ملك هذا ما ظهر لي اهـ ملخصاً.

قلت: وفيه نظر لأن المانع إثبات الضرر بالغائب قال في الفتح: الأصل أن ما كان شرطاً لثبوت الحق للحاضر من غير إبطال حق للغائب قبلت البينة فيه إذ ليس فيه قضاء على الغائب وما تضمن إبطالاً عليه لا تقبل اهـ فعلم أن المناط إبطال حق الغائب سواء كان الشرط فعله أو لا فلا فرق بين كون الشرط إن نكح أو إن كانت منكوحته فتفريع هذه المسائل على ما في الخلاصة غير ظاهر إذ ما فيها ليس فيه حكم على غائب أصلاً بخلاف هذه المسائل، فإن فيها الحكم على

(1) قال الرافعي: قوله: (فالظاهر أنه في حكم الأول للزوم الضرر) في «التتمة» من الفصل العاشر في القضاء على الغائب: الحاصل أن الإنسان إذا أقام البينة على شرط حقه بإثبات فعل على الغائب، فإن لم يكن فيه إبطال حق الغائب تقبل هذه البينة، وينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، وإن كان في قبول البينة إبطال حق الغائب من طلاق أو عتاق أو بيع أو ما أشبه ذلك الأصح أن لا يقبل اهـ. وهذا نص فيما استظهره ط، وانظر «التتمة» في مسائل القضاء على الغائب، فإن ما فيها مهم هنا ومثله في «الفتح».

(2) قال الرافعي: قوله: (وعليه فإثبات طلاق معلق إلخ) عبارة «البحر»: وعلى هذا إذا أراد إثبات طلاق معلق بدخول شهر فالحيلة فيه ذلك ولو كان الزوج إلخ.

حيلة الكفالة بمهرها معلقة بطلاقها ودعوى كفالته بنفقة العدة معلقة بالطلاق، ومن أراد أن لا يزني فحيلته ما في دعوى البزازية.

ادعى عليها أن زوجها الغائب طلقها وانقضت عدتها وتزوجها فأقرت بزوجية الغائب وأنكرت طلاقه فبرهن عليها بالطلاق يقضي عليها أنها زوجة الحاضر، ولا يحتاج إلى إعادة البينة إذا حضر الغائب (**ولو قضى على غائب بلا نائب ينفذ**) في

الغائب ابتداء بما يتضرر به ولو ملكاً فإنه قد يلزم منه ضرر واضع اليد المدعي أنه ملكه وغير ذلك فتدبر. **قوله**: (**ومن أراد أن لا يزني إلخ**) إن كانت هذه الحيلة صدقاً فلا وجه لتسميتها حيلة، ولا لقوله: ومن أراد أن لا يزني وصنيعه يوهم أن ذلك سائغ كذباً وليس كذلك، بل مثله من أكبر الكبائر ط. فالصواب إسقاط هذه العبارة والاقتصار على عبارة البزازية كما فعل في البحر على أن في صحة هذا الفرع كلاماً نذكره عقبه. **قوله**: (**فبرهن عليها بالطلاق**) أي: وبأنه تزوجها بعد العدة كما هو ظاهر. **قوله**: (**يقضي عليها أنها زوجة الحاضر**) أي: ويقضي على الغائب بالطلاق كما يدل عليه ما بعده.

قلت: لكن تقدم أن القضاء على الغائب إنما يصح[1] إذا كان سبباً لما يقضي على الحاضر لا محالة، ولا شك أن طلاق الغائب ليس كذلك، لأن التزوّج قد يكون بدون طلاق كما لو لم تكن زوجة أحد، وانظر ما قدمناه عند قوله: «سبباً لا محالة» يظهر لك حقيقة الأمر. **قوله**: (**ولا يحتاج إلخ**) قال الخير الرملي: وفي جامع الفصولين خلافه. **قوله**: (**ولو قضى على غائب إلخ**) أي: قضى من يرى جوازه كشافعي لإجماع الحنفية على أنه لا يقضي على غائب كما ذكره الصدر الشهيد في شرح أدب القضاء، كذا حققه في البحر.

والحاصل: أنه لا خلاف عندنا في عدم جواز القضاء على الغائب، وإنما الخلاف في أنه لو قضى به من يرى جوازه هل ينفذ بدون تنفيذ أو لابدّ من إمضاء قاضٍ آخر؟ ورأيت نحو هذا منقولاً عن إجابة السائل عن بعض رسائل العلامة قاسم، وبه ظهر أن قول المصنف: فيما مر: «ولا يقضي على غائب» بيان لحكم المذهب عندنا، وقوله هنا: «ولو قضى إلخ» حكاية للخلاف في النفاذ وعدمه.

قلت: بقي ما لو قضى الحنفي بذلك، ولا يخفى أنه يأتي فيه الكلام المارّ فيما لو قضى في

(1) **قال الرافعي**: **قوله**: (**قلت: لكن تقدم أن القضاء على الغائب إنما يصح إلخ**) نعم طلاق الغائب ليس سبباً لما يدعى على الحاضر من التزوج أصلاً بل هو شرط له، وقد علمت أن حيل إثبات طلاق الغائب كلها على الضعيف من أن الشرط كالسبب، فعلى هذا ما في «الفصولين» على الصحيح، ومعنى جعل ما ذكر حيلة أنه لو فعله انعدم الزنا لنفاذ القضاء بشهادة الزور باطناً، وإن أثم وأغلب الحيل الشرعية كذلك، لكن هذا إذا كانت المرأة في نفس الأمر مطلقة ومنقضية العدة، وإلا لا ينفذ باطناً لعدم المحل.

أظهر الروايتين عن أصحابنا. ذكره منلا خسرو في باب خيار العيب **(وقيل لا)** ينفذ، ورجحه غير واحد. وفي المنية والبزازية ومجمع الفتاوى: وعليه الفتوى، ورجح في الفتح توقفه على إمضاء قاض آخر، ....

مجتهد فيه بخلاف رأيه، وما فيه من التفصيل واختلاف التصحيح فعلى قول من رجح الجواز لا يبقى فرق بين الحنفي وغيره، وعلى هذا يحمل ما صرح به في القنية من أنه لا يشترط في نفاذ القضاء على الغائب أن يكون من شافعي، وبه اندفع ما أورده الرملي والمقدسي على صاحب البحر حيث خصه بمن يرى جوازه كما ذكرنا، واندفع أيضاً ما يتوهم من المنافاة بين ما ذكره الصدر الشهيد وما في القنية. هذا ما ظهر لي فتدبره. لكن استظهر في البحر بعد ذلك تخصيص الخلاف في النفاذ وعدمه بالحكم للمفقود لا مطلق الغائب، واستدل بعبارة في الخانية، ونازعه الرملي بأنها لا تدل على مدّعاه بل الظاهر من كلامهم التعميم اهـ. **وقال في جامع الفصولين**: قد اضطرب آراؤهم وبيانهم في مسائل الحكم للغائب وعليه، ولم يصف ولم ينقل عنهم أصل قويّ ظاهر يبني عليه الفروع بلا اضطراب ولا إشكال، فالظاهر عندي أن يتأمل في الوقائع[1] ويحتاط ويلاحظ الحرج والضرورات فيفتى بحسبها جوازاً أو فساداً، مثلاً لو طلق امرأته عند العدل فغاب عن البلد ولا يعرف مكانه أو يعرف ولكن يعجز عن إحضاره، أو عن أن تسافر إليه هي أو وكيلها لبعده أو لمانع آخر. وكذا المديون لو غاب وله نقد في البلد أو نحو ذلك، ففي مثل هذا لو برهن على الغائب وغلب على ظن القاضي أنه حق لا تزوير ولا حيلة فيه، فينبغي أن يحكم عليه وله، وكذا للمفتي أن يفتي بجوازه دفعاً للحرج والضرورات وصيانة للحقوق عن الضياع، مع أنه مجتهد فيه ذهب إليه الأئمة الثلاثة، وفيه روايتان عن أصحابنا، وينبغي أن ينصب عن الغائب وكيل يعرف أنه يراعي جانب الغائب ولا يفرط في حقه اهـ. وأقره في نور العين.

قلت: ويؤيده ما يأتي قريباً في المسخر، وكذا ما في الفتح من باب المفقود: لا يجوز القضاء على الغائب إلا إذا رأى القاضي مصلحة في الحكم له وعليه فحكم فإنه ينفذ لأنه مجتهد فيه اهـ.

قلت: وظاهره: ولو كان القاضي حنفياً ولو في زماننا[2]، ولا ينافي ما مر لأن تجويز هذا للمصلحة والضرورة. **قوله**: **(وقيل لا ينفذ)** أي: بل يتوقف على إمضاء قاض آخر كما في البحر. **قوله**: **(ورجح في الفتح إلخ)** ليس قولاً ثالثاً، بل هو القول الثاني كما علمت، وهذا مبني على أن

---

(1) **قال الرافعي**: **قوله**: **(فالظاهر عندي أن يتأمل في الوقائع إلخ)** صاحب «الفصولين» ليس من أهل الترجيح، وعلمت أن المذهب أنه لا يقضى على غائب فعلى هذا يكون القضاء عليه خلاف المذهب، وإن كان فيه ضرورة تأمل.

(2) **قال الرافعي**: **قوله**: **(ولو في زماننا إلخ)** لا يتأتى هذا في زماننا للتقييد للقضاة بالصحيح اهـ، وقد علمت أن حكم المذهب أنه لايقضي على غائب تأمل.

وفي البحر والمعتمد أن القضاء على المسخر لا يجوز إلا لضرورة وهي في خمس مسائل:

اشترى بالخيار فتوارى. اختفى المكفول له.

حلف ليوفينه اليوم فتغيب الدائن.

جعل أمرها بيدها إن لم تصل نفقتها فتغيبت.

نفس القضاء مجتهد فيه كقضاء محدود في قذف بعد توبته، والأول مبني على أن المجتهد فيه سبب القضاء، وهو أن هذه البينة هل تكون حجة للقضاء بلا خصم حاضر أم لا؟ فإذا قضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف بعد توبته.

مَطْلَبٌ : فِي القَضَاءِ عَلَى المُسَخَّرِ

قوله: (والمعتمد إلخ) مقابله قول خواهر زاده بجوازه، لأنه أفتى بجواز القضاء على الغائب، وهو عين القضاء على الغائب. بحر. وفيه أيضاً: وتفسير المسخر أن ينصب القاضي وكيلاً عن الغائب ليسمع الخصومة عليه، وشرطه عند القائل به أن يكون الغائب في ولاية القاضي. **قوله: (وهي في خمس)** لم يذكر الرابعة في البحر بل زادها الشارح. **قوله: (اشترى بالخيار)** أي: وأراد الرد في المدة فاختفى البائع فطلب المشتري من القاضي أن ينصب خصماً عن البائع ليرده عليه، وهذا أحد قولين عزاهما في جامع الفصولين إلى الخانية، لكنه قدم هذا، وعادة قاضيخان تقديم الأشهر. **قوله: (اختفى المكفول له)** صورته: كفل بنفسه على أنه إن لم يواف به غداً فدينه على الكفيل، فغاب الطالب في الغد فلم يجده الكفيل فرفع الأمر إلى القاضي فنصب وكيلاً عن الطالب وسلم إليه المكفول عنه يبرأ، وهو خلاف ظاهر الرواية إنما هو في بعض الروايات عن أبي يوسف قال أبو الليث: لو فعل به قاض علم أن الخصم تغيب لذلك فهو حسن. جامع الفصولين.

قلت: ما قاله أبو الليث توفيق بين الروايتين، لكن ما نذكره من التصحيح في المسألة التالية لهذه ينبغي إجراؤه في رواية أبي يوسف، إذ لا فرق يظهر بين المسألتين. تأمل. **قوله: (حلف ليوفينه اليوم إلخ)** بأن علق المديون العتق أو الطلاق على عدم قضائه اليوم ثم غاب الطالب وخاف الحالف الحنث فإن القاضي ينصب وكيلاً عن الغائب ويدفع الدين إليه ولا يحنث الحالف وعليه الفتوى. بحر عن الخانية. وفي حاشية مسكين عن الشيخ شرف الدين الغزي أنه لا حاجة إلى نصب الوكيل لقبض الدين، فإنه إذا دفع إلى القاضي برّ في يمينه على المختار المفتى به كما في كثير من كتب المذهب المعتمدة، ولو لم يكن ثمة قاض حنث على المفتى به اهـ. **قوله: (فتغيبت)** أي: لإيقاع الطلاق عليه فإنه ينصب من يقبض لها ط. **قوله: (خانية)** لم أر هذه العبارة في الخانية في هذا المحل.

الخامسة: إذا توارى الخصم فالمتأخرون أن القاضي ينصب وكيلاً في الكل، وهو قول الثاني. خانية.

قلت: ونقل شرّاح الوهبانية عن شرح أدب القاضي أنه قول الكل، وأن القاضي يختم بيته مدة يراها ثم ينصب الوكيل (**ولاية بيع التركة المستغرقة بالدين للقاضي لا للورثة**) ....

مَطْلَبٌ: فِي الخَصْمِ إِذَا اخْتَفَى فِي بَيْتِهِ

قوله: (**الخامسة إلخ**) ذكر في شرح أدب القاضي: لو قال رجل للقاضي: لي على فلان حق وقد توارى عني في منزله، فالقاضي يكتب إلى الوالي في إحضاره، فإن لم يظفر به وسأل الطالب الختم على بابه فإن أتى بشاهدين أنه في منزله وقالا: رأيناه منذ ثلاثة أيام أو أقل ختم عليه لا إن زاد على ثلاث، والصحيح أنه مفوّض إلى رأس الحاكم، فإذا ختم وطلب المدعي أن ينصب له وكيلاً بعث القاضي إلى داره رسولاً مع شاهدين ينادي بحضرتهما ثلاثة أيام في كل يوم ثلاث مرات يا فلان بن فلان إن القاضي يقول لك: احضر مع خصمك فلان مجلس الحكم وإلا نصبت لك وكيلاً وقبلت بينته عليك، فإن لم يخرج نصب له وكيلاً وسمع شهود المدعي وحكم عليه بمحضر وكيله اهـ ملخصاً. قوله: (**أنه قول الكل**) أي: النصب عن الخصم المتوارى، وهو الذي تعطيه عبارة الكمال. قوله: (**وأن القاضي إلخ**) الذي في شرح الأدب هو ما ذكرناه من تفويض المدة إلى القاضي[1] في رؤية الشاهدين للمختفي لا في مدة الختم، والذي في شرح الوهبانية مثل ما ذكرناه أيضاً.

مَطْلَبٌ: فِي بَيْعِ التَّرِكَةِ المُسْتَغْرِقَةِ بِالدَّيْنِ

قوله: (**ولاية بيع التركة المستغرقة بالدين للقاضي لا للورثة**) هذا مقيد بما إذا لم تتفق الورثة على أداء الدين كله من مالهم، لما في الثامن والعشرين من جامع الفصولين: لو أرادت الورثة أداء دينه لتبقى تركته لهم فاتفقوا عليه، وتحملوا قضاء دينه وإنفاذ وصاياه من مالهم فلهم ذلك، ولو اختلفوا فللوصيّ بيعها لدينه ووصاياه ولا يلتفت إلى قولهم؛ ثم قال: وجاز لأحد الورثة استخلاص العين من التركة بأداء قيمته إلى الغرماء لا إلى الوراث الآخر اهـ. وقوله: بأداء قيمته إلخ، قال الرملي في حاشيته: عليه هذا إذا لم يكن الدين زائداً، لأنه ذكر قبله أن الدين لو كان زائداً على التركة

---

(1) قال الرافعي: قوله: (**الذي في شرح الأدب هو ما ذكرناه من تفويض المدة إلى القاضي إلخ**) والذي في الخلاصة من الجنس الثالث في التقليد القاضي إذا جعل نائباً عن الغائب حتى يسمع عليه الخصومة، ويسمى هذا المسخر والغائب ليس في ولاية هذا القاضي لا تصح هذه الإنابة، وليس لهذا طريق عند علمائنا رحمهم الله تعالى وعند أهل البصرة إذا كان الخصم مختفياً، فالقاضي يختم على باب داره أياماً، وبعد ذلك يجعل نائباً عنه اهـ تأمل.

لعدم ملكهم ....

فلهم استخلاصها بأداء دينه كله لا بقدر تركته كقنّ جنى يفديه مولاه بأرشه. قوله: (لا للورثة) أي: إلا برضا الغرماء، حتى لو باع الوارث: أي: بدون رضا الغرماء لا ينفذ؛ وكذلك المولى إذا حجر على العبد المأذون وعليه دين محيط ليس للمولى أن يبيع العبد وما في يده وإنما يبيعه القاضي، كذا. هذا. منح عن العمادية. ثم ذكر عن القنية قولين[1] ثانيهما: أن القاضي إنما يبيع التركة المستغرقة لقضاء الدين إذا امتنع الورثة عن بيعها ولم يحك ترجيحاً، لكن اقتصاره في المتن على القول الأول تبعاً للدرر يفيد ترجيحه، وحكى القولين في التاترخانية والبزازية أيضاً.

ورأيت بخط شيخ مشايخنا منلا علي التركماني ما نصه: أقول فلذا القضاة الآن يأذنون لبعض ورثة الميت المستغرقة تركته بالدين ببيعها لوفاء دينه توفيقاً بين القولين وعملاً بهما[2].

تنبيه: لم يذكر بيع الوصي[3]، وفي جامع الفصولين: يصحّ بيع الوصيّ تركة مستغرقة لو بقيمتها، وليس للغرماء إبطاله. قوله: (لعدم ملكهم) قال في جامع الفصولين: ولو استغرقها دين لا يملكها بإرث إلا إذا أبرأ الميت غريمه أو أداه وارثه بشرط التبرع وقت الأداء، أما لو أداه من مال نفسه مطلقاً بلا شرط تبرّع أو رجوع يجب له دين على الميت فتصير التركة مشغولة بدينه فلا يملكها، حتى لو ترك ابناً وقناً ودينه مستغرق فأداه وارثه ثم أذن للقنّ في التجارة أو كاتبه لم يصح إذا لم يملكه اهـ. وتمام الكلام على ذلك في المنح.

مَطْلَبٌ: دَفْعُ الوَرَثَةُ كرماً مِنَ التَّرِكَةِ إلى أَحَدِهِمْ لِيَقضي دين مورثهم فقضاه يصح

تنبيه: قيد بالتركة المستغرقة لأن غيرها ملك للورثة، وفي جامع الفصولين: عليه دين غير مستغرق فللحاضر من ورثته بيع حصته لحصته من الدين لا بيع حصة غيره للدين لأنها ملك

(1) قال الرافعي: قوله: (ثم ذكر عن «القنية» قولين إلخ) عبارتها: قالت الورثة في التركة المستغرقة لا نتعرض لها ولا نبيعها، ولا نقضي الدين من مالنا قيل يبيعها القاضي أو وصيه عن الميت، وقيل: يجبرون على البيع إذا طلب الغرماء، فإذا امتنعوا يبيعها القاضي ويقضي الدين شط الدين المستغرق يمنع الملك للوارث حتى لا يملك بيعها ولا هبتها، ولو وهب ثم سقط الدين لا ينفذ، ولو أعتق ثم سقط نفذ اهـ فأنت ترى أن الأقوال ثلاثة.

(2) قال الرافعي: قوله: (توفيقاً بين القولين وعملاً بهما) فيه أنه لا يظهر العمل بالقولين إلا إذا كان الإذن لكل الورثة، إذ على القول الثاني الولاية لهم جميعاً لا لبعضهم.

(3) قال الرافعي: قوله: (لم يذكر بيع الوصي) وفي «البزازية» من الفصل التاسع في إثبات الوصاية من القضاء: الوصي أولى بالتصرف في التركة من الجد، فإن لم يكن له وصي يملك الجد التصرف في التركة إن كانت التركة خالية من الدين وإن كانت مستغرقة بالدين لا يملك الحد بيع التركة، ويملك الوصي ذلك، فإن لم يكن له وصي نصب له القاضي وصياً اهـ.

حيث كان الدين لغيرهم (يقرض القاضي مال الوقف والغائب) واللقطة (واليتيم) من مليء مؤتمن ....

الوارث الآخر إذ الدين لم يستغرق، فلو دفعت الورثة إلى أحدهم كرماً من التركة ليقضي دين مورثهم وهو غير مستغرق فقضاه صح لأنه بيع منهم لحصتهم منه بقدر الدين لأنهم لو دفعوه إلى أجنبي لأداء الدين يكون بيعاً كذا هذا. قوله: (حيث كان الدين لغيرهم) قال في جامع الفصولين: استغراق التركة بدين الوارث لا يمنع إرثه إذا كان هو وارثه لا غير اهـ. ومفاده: أنه لو كان الدين لبعض الورثة فهو كدين الأجنبي بالنسبة إلى باقي الورثة.

تنبيه: ذكر الخير الرملي في حاشية الفصولين أن قوله هنا لا يمنع إرثه، لا ينافي ما مر آنفاً من أن الوارث لو أدى دين الغريم بلا شرط تبرّع لا يملكها، لأنه يثبت له الرجوع بأداء الدين بعد أن لم يكن له ملك فلا يملك القنّ إلا بتمليك القاضي، بخلاف الاستغراق بدينه ابتداء إذ لا مانع يمنعه من الملك اهـ.

مَطْلَبٌ: لِلْقَاضِي إِقْرَاضُ مَالِ اليَتِيمِ وَنَحْوِهِ

قوله: (يقرض القاضي إلخ) أي: يستحب له ذلك، لأنه لكثرة أشغاله لا يمكنه أن يباشر الحفظ بنفسه، والدفع بالقرض أنظر لليتيم لكونه مضموناً والوديعة أمانة، وينبغي له أن يتفقد أحوال المستقرضين حتى لو اختلّ أحدهم أخذ منه المال. وتمامه في البحر. وليس للقاضي أن يستقرض ذلك لنفسه ط عن الهندية. قوله: (مال الوقف) ذكره في البحر عن جامع الفصولين، لكن فيه أيضاً عن العدّة: يسع للمتولي إقراض ما فضل من غلة الوقف لو أحرز اهـ. ومقتضاه: أنه لا يختص بالقاضي، مع أنه صرح في البحر عن الخزانة أن المتولي يضمن إلا أن يقال: إنه حيث لم يكن الإقراض أحرز[1]. قوله: (والغائب) زاد في البحر: وله بيع منقوله إذا خاف التلف إذا لم يعلم بمكان الغائب، أما إذا علم فلا لأنه يمكنه بعثه إليه إذا خاف التلف اهـ. وانظر هل يقيد إقراضه ماله بما إذا لم يعلم مكانه؟ قوله: (واللقطة) الظاهر: قراءته بالنصب عطفاً على مال، ويجوز جره عطفاً على المضاف إليه، وهو أولى لئلا يقع منصوباً بين مجرورين، لكن الإضافة فيه بيانية وفيما قبله وما بعده لامية. تأمل. ثم الظاهر: أن المراد بإقراض القاضي اللقطة هنا ما إذا دفعها الملتقط إليه[2]، وإلا فالتصرف فيها من تصدّق أو إمساك للملتقط. تأمل. قوله: (من مليء) بالهمز في المصباح رجل مليء على فعيل: غني مقتدر، ويجوز الإبدال والإدغام اهـ: أي: إبدال

---

(1) قال الرافعي: قوله: (إلا أن يقال: إنه حيث لم يكن الإقراض أحرز) الظاهر أن إقراض المتولي فيه روايتان كالوصي والأب وإلا فالإحراز أمر لازم منه حتى بالنسبة للقاضي.

(2) قال الرافعي: قوله: (ثم الظاهر أن المراد بإقراض القاضي اللقطة هنا ما إذا دفعها الملتقط إليه إلخ) الظاهر أن للقاضي إقراضها قبل تجويز التصدق للملتقط، فإنه لا يملكه فيملكه القاضي نظير ما يأتي فيكون له ولاية إقراضها، ولو بدون دفعها له.

حيث لا وصي ولا من يقبله مضاربة ولا مستغلاً يشتريه، وله أخذ المال من أب مبذر ووضعه عند عدل. قنية (ويكتب الصك) ندباً ليحفظه (لا) يقرض (الأب) ولو قاضياً لأنه لا يقضي لولده (و) لا (الوصي) ولا الملتقط، فإن أقرضوا ضمنوا لعجزهم عن

الهمزة ياء وإدغامها في الياء. قوله: (حيث لا وصي) هذا الشرط زاده في البحر بحثاً بقوله: وينبغي أن يشترط لجواز إقراض القاضي عدم وصي لليتيم، فإن كان له وصي ولو منصوب القاضي لم يجز، لأنه من التصرف في ماله وهو ممنوع منه مع وجود وصيه كما في بيوع القنية اهـ. وزده محشيه الرملي: بأن إطلاق المتون على خلافه، وبأنه إذا لم يجز منه والوصي ممنوع من الإقراض امتنع النظر لليتيم ولا قائل به. تأمل اهـ. لكنه أفتى في وصايا الخيرية بأن للوصي إقراض مال اليتيم بأمر القاضي أخذاً مما في وقف البحر عن القنية، من أن للمتولي إقراض مال المسجد بأمر القاضي. قال: والوصي مثل القيم لقولهم الوصية والوقف أخوان، فلم يمتنع النظر لليتيم بهذه الجهة. نعم يردّ على البحر أن الوصي إذا كان لا يملك الإقراض بدون إذن القاضي علم أن ذلك لم يدخل تحت وصايته، بل بقي للقاضي فلم يكن ممنوعاً منه مع وجود الوصي، كما لو نصب وصياً على يتيمة ليس لها ولي فللقاضي أن يزوجها بنفسه أو يأذن للوصي بتزويجها، وليس للوصي ذلك بدون إذن إذ لا يدخل تحت وصايته، بخلاف بيع مال اليتيم ونحوه فليس للقاضي فعله مع وجود الوصي، فلذا لم يذكر هذا القيد في المتون، فافهم. قوله: (ولا من يقبله مضاربة إلخ) في البحر عن جامع الفصولين: إنما يملك القاضي إقراضه إذا لم يجد ما يشتريه له يكون غلة لليتيم لا لو وجده أو وجد من يضارب لأنه أنفع اهـ. أي: أنفع من الإقراض، وما قيل إن مال المضاربة أمانة غير مضمون فيكون الإقراض أولى، فهو مدفوع بأن المضاربة فيها ربح، بخلاف القرض. قوله: (ولا مستغلاً يشتريه) أي: ما يكون فيه لليتيم غلة كما علمت، وهو منصوب بالعطف على محل اسم «لا» الأولى وإلا كان حقه الرفع أو البناء على الفتح كما لا يخفى. قوله: (ليحفظه) أي: بالاستذكار للمال وأسماء الشهود ونحو ذلك. قوله: (لا يقرض الأب) أي: في أصح الروايتين. فتح. قال في البحر: وفي خزانة الفتاوى: الصحيح أن الأب كالقاضي، فقد اختلف التصحيح والمعتمد ما في المتون وشمل ما إذا أخذ مال ولده الصغير قرضاً لنفسه، وهو مروي عن الإمام، وقيل له ذلك، ولم أر حكم الجد في جواز إقراضه على رواية جوازه للأب والظاهر أنه كالأب لقولهم الجد أبو الأب كالأب إلا في مسائل، واختلفوا في إعارة الأب مال ولده الصغير، وفي الصحيح لا اهـ. قوله: (لأنه لا يقضي لولده) لأنه ربما ينكر المستقرض[1] فيحتاج للبينة والقضاء بها ط. قوله: (ولا الوصي) فلو فعل لا يعد خيانة فلا يعزل به، وكذا ليس له أن يستقرض لنفسه على الأصح، فلو فعل ثم أنفق على اليتيم مدة يكون متبرعاً

(1) قال الرافعي: قوله: (لأنه ربما ينكر المستقرض إلخ) بل فعله قضاء فيكون حاكماً لولده بنفس الإقراض.

التحصيل، بخلاف القاضي[1]، ويستثنى إقراضهم للضرورة كحرق ونهب فيجوز اتفاقاً. بحر. ومتى جاز للملتقط التصدق فالإقراض أولى (**ولو قضى بالجور فالغرم عليه في ماله إن متعمداً وأقرّ به**) أي: بالعمد (**ولو خطأ فـ**)ـالغرم (**على المقضيّ له**) درر. وفي المنح معزياً للسراج: ....

إذا صار ضامناً، فلا يتخلص ما لم يرفع الأمر إلى الحاكم ويملك الإيداع، والبيع نسيئة، وتمامه في البحر. وفيه عن الخزانة: إذا آجر الوصي أو الأب أو الجد أو القاضي الصغير في عمل من الأعمال فالصحيح جوزاها وإن كانت بأقل من أجرة المثل اهـ: أي: لأن للوصي والأب والجد استعماله بلا عوض بطريق التهذيب والرياضة فبالعوض أولى، كما في السابع والعشرين من جامع الفصولين، وتمام أبحاث هذه المسائل فيه. قوله: (ومتى جاز إلخ) تقييد لقوله: «ولا الملتقط بما إذا كان قبل جواز التصدق بها» وهذا ذكره الزيلعي في مسائل شتى آخر الكتاب بقوله: إلا أن الملتقط إذا نشد اللقطة ومضى مدة النشدات ينبغي أن يجوز له الإقراض من فقير، لأنه لو تصدق بها عليه في هذه الحالة جاز فالقرض أولى اهـ فافهم.

مَطْلَبٌ: فِيمَا لَوْ قَضَى القَاضِي بِالجَوْرِ

قوله: (ولو قضى بالجور إلخ) القضاء بخلاف الحق إما عن خطأ أو عمد، وكل على وجهين: إما في حقه تعالى، أو حق العبد. فالخطأ في حق العبد إما أن يمكن فيه التدارك والرد أو لا، فإن أمكن بأن قضى بمال أو صدقة أو طلاق أو إعتاق ثم ظهر أن الشهود عبيد أو كفار أو محدودون في قذف يبطل القضاء ويرد العبد رقيقاً، والمرأة إلى زوجها والمال إلى من أخذه منه، وإن لم يمكن الرد بأن قضى بالقصاص واقتص لا يقتل المقضي له، ويصير صورة القضاء شبهة مانعة، بل تجب الدية في مال المقضي له؛ وهذا كله إذا ظهر خطأ القاضي بالبينة أو بإقرار المقضي له، فلو بإقرار القاضي لا يظهر في حق المقضي له، حتى لا يبطل القضاء في حقه، وأما الخطأ في حقه تعالى بأن قضى بحدّ زنى أو سرقة أو شرب واستوفى الحد ثم ظهر أن الشهود كما مر في الضمان في بيت المال، وإن كان القضاء بالجور عن عمد وأقر به فالضمان في ماله في الوجوه كلها بالجناية والإتلاف، ويعزّر القاضي ويعزل عن القضاء ط عن الهندية ملخصاً.

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (بخلاف القاضي) أي: فإنه قادر عليه حتى لو لم يجد الشهود لموت أو غيبة قضى بعلمه، واستخرج عبد الحليم عن «الفتح»: لكن على هذا لا يظهر الفرق بين القاضي وغيره في الإقراض إلا على القول بأن للقاضي أن يقضي بعلمه، وعلى مقابله لا يظهر الفرق بينهما فلا يملكانه لعجزهما عن التحصيل تأمل. ثم رأيت في آخر القضاء من «المبسوط» ما نصه: وإذا دفع القاضي مال يتيم إلى تاجر فجحده التاجر، فالقاضي مصدق في ذلك على التاجر يقضي عليه بالمال، لأنه قاض فيما يفعله في مال اليتيم، وفيما يخبر به من القضاء هو مصدق لأنه يخبر بما يملك الإنشاء اهـ.

قال محمد: لو قال: تعمدت الجور انعزل عن القضاء، وفيه عن أبي يوسف: إذا غلب جوره ورشوته ردت قضاياه وشهادته.

فروع: القضاء مظهر لا مثبت، ويتخصص بزمان ومكان وخصومة، حتى لو

مَطْلَبٌ : إِذَا قَاسَ القَاضِي وَأَخْطَأَ فالخصومة لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ مع القاضي والمدعي يوم القيامة

تنبيه: القاضي إذا قاس المسألة على مسألة وحكم ثم ظهر رواية بخلافه فالخصومة للمدعى عليه يوم القيامة مع القاضي والمدعي، أما مع المدعي فلأنه أثم بأخذ المال، وأما مع القاضي فلأنه أثم بالاجتهاد لأنه أحداً ليس من أهل الاجتهاد في زماننا، وبعض أذكياء خوارزم قاس المفتي[1] على القاضي، فأوردت أن القاضي صاحب مباشرة للحكم، فكيف يؤاخذ السبب مع المباشر فانقطع، وكان له أن يقول: إن القاضي في زماننا ملجأ إلى الحكم بعد الفتوى، لأنه لو ترك يلام لأنه غير عالم حتى يقضي بعلمه. بزازية قبيل الشهادات.

قلت: وفيه نظر، فإن هذا لا يسمى إلجاء حقيقة وإلا لزم أن تنقطع النسبة عن المباشر إلى المتسبب، كما لو أكره رجل آخر بإتلاف عضو على أخذ مال إنسان، فإن الضمان على المكره بالكسر لصيرورة المكره بالفتح كالآلة، ولا شك أن ما هنا ليس كذلك، فلم تنقطع النسبة عن المباشر وهو القاضي وإن أثم المتسبب وهو المفتي، ولا يقاس هذا على مسألة تضمين الساعي إلى ظالم مع أن الساعي متسبب لا مباشر، فإن تلك مسألة استحسانية خارجة عن القياس زجراً عن السعاية، لكن قد يقال: إن هذا حكم الضمان في الدنيا والكلام في الخصومة في الآخرة، ولا شك في أن كلاً من المباشر والمتسبب ظالم آثم وللمظلوم الخصومة معهما وإن اختلف ظلمهما، فإن المباشر ظلمه أشد، كمن أمسك رجلاً حتى قتله آخر. **قوله: (انعزل عن القضاء)** الظاهر: أن هذا وما بعده مبنيان على رواية انعزاله بالفسق، وتقدم أن المذهب أنه لا ينعزل بل يستحق العزل.

قوله: (وفيه) لم يذكر ذلك في المنح فيعود الضمير إلى السراج. **قوله: (وشهادته)** أي: إذا أراد أن يشهد شهادة عند القاضي المولى لا يقبلها لفسقه بغلبة الجور والرشوة، فافهم. **قوله: (القضاء مظهر لا مثبت)** لأن الحق المحكوم به كان ثابتاً والقضاء أظهره، والمراد ما كان ثابتاً ولو تقديراً كالقضاء بشهادة الزور كما مر بيانه في تعريف القضاء عن ابن الغرس.

مَطْلَبٌ : القَضَاءُ يَقْبَلُ التَّقْيِيدَ وَالتَّعْلِيقَ

قوله: (ويتخصص بزمان ومكان وخصومة) عزاه في الأشباه إلى الخلاصة. وقال في الفتح من أول كتاب القضاء: الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كقوله: إذا وصلت إلى بلدة كذا فأنت

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وبعض أذكياء خوارزم قاس المفتي إلخ) انظر رسالة «أدب المفتي الهندية» في هذه المسألة.

أمرِ السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمسة عشر سنة فسمعها لم ينفذ.

قلت: فلا تسمع الآن بعدها إلا بأمر ....

قاضيها، وإذا وصلت إلى مكة فأنت أمير الموسم. والإضافة: كجعلتك قاضياً في رأس الشهر، والاستثناء منها: كجعلتك قاضياً إلا في قضية فلان ولا تنظر في قضية كذا، والدليل على جواز تعليق الإمارة وإضافتها قوله ﷺ حين بعث البعث إلى مؤتة وأمر عليهم زيد بن حارثة: «إِنْ قُتِلَ زَيْدُ بْنُ حَارِثَةَ فَجَعْفَرُ أَمِيرُكُمْ، وَإِنْ قُتِلَ جَعْفَرُ فَعَبْدُ اللهِ بْنُ رَوَاحَةَ»(١) وهذه القصة مما اتفق عليها جميع أهل السير والمغازي اهـ.

مَطْلَبٌ: فِي عَدَمِ سَمَاعِ الدَّعْوَى بَعْدَ خمسَ عَشْرَةَ سَنَةً

قوله: (بعد خمسة عشر سنة) المناسب خمس عشرة بتذكير الأول وتأنيث الثاني، لكون المعدود مؤنثاً وهو سنة. وأجاب ط بأنه على تأويل السنة بالعام أو الحول. قوله: (فلا تسمع الآن بعدها) أي: لنهي السلطان عن سماعها بعدها، فقد قال السيد الحموي في حاشية الأشباه: أخبرني أستاذي شيخ الإسلام يحيى أفندي الشهير بالمنقاري أن السلاطين الآن يأمرون قضاتهم في جميع ولاياتهم أن لا يسمعوا دعوى بعد مضيّ خمس عشرة سنة سوى الوقف والإرث اهـ. ونقل في الحامدية فتاوى من المذاهب الأربعة بعدم سماعها بعد النهي المذكور.

مَطْلَبٌ: هَلْ يَبْقَى النَّهْيُ بَعْدَ مَوْتِ السُّلْطَانِ

لكن هل يبقى النهي بعد موت السلطان الذي نهى، بحيث لا يحتاج من بعده إلى نهي جديد؟ أفتى في الخيرية بأنه لا بد من تجديد النهي، ولا يستمر(1) النهي بعده، وبأنه إذا اختلف الخصمان في أنه منهي أو غير منهي فالقول للقاضي ما لم يثبت المحكوم عليه النهي، وأطال في ذلك وأطاب فراجعه. وأما ما ذكره السيد الحموي أيضاً من أنه قد علم من عادتهم: يعني سلاطين آل عثمان نصرهم الرحمٰن: من أنه إذا تولى سلطان عرض عليه قانون من قبله وأخذ أمره باتباعه(2)

---

(1) قال الرافعي: قوله: (بأنه لا بد من تجديد النهي ولا يستمر إلخ) هذا إنما يظهر بالنسبة لمن تولى بعد موت السلطان لا لمن تولى من الميت فإنه معزول لما نهاه عنه في حياته ويبقى على حاله الأول بعد موته.

(2) قال الرافعي: قوله: (من أنه إذا تولى سلطان عرض عليه قانون من قبله وأخذ أمره باتباعه إلخ) المتبادر من قوله وأخذ إلخ من يعرض عليه القانون يأخذ منه أمراً باتباع قانون من قبله بأن يكتب أمره باتباعه، فيكون آمراً للقضاة بالعمل بالقانون الذي فيه النهي، وليس في هذا ما يدل على مجرد التزام السلطان بأن يعمل به، فيتم ما قال الحموي لكن هذا لا يظهر إلا في قاض مولى، وأما إذا عزل وتولى غيره لا بد من النهي ثانياً ولا يكفي النهي السابق تأمل.

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في المصنف والطبراني في الكبير وابن عساكر في تاريخه.
انظر: منتخب كنز العمال: ٤/ ٣١٠.

إلا في الوقف والإرث ووجود عذر شرعي، وبه أفتى المفتي أبو السعود فليحفظ.

فلا يفيد هنا، لأن معناه: أن يلتزم قانون أسلافه بأن يأمر بما أمروا به وينهى عما نهوا عنه، ولا يلزم منه أنه إذا ولى قاضياً ولم ينهه عن سماع هذه الدعوى أن يصير قاضيه منهياً بمجرد ذلك، وإنما يلزم منه أنه إذا ولاه ينهاه صريحاً ليكون عاملاً بما التزمه من القانون، كما اشتهر أنه حين يوليه الآن يأمره في منشوره بالحكم بأصح أقوال المذهب كعادة من قبله، وتمام الكلام على ذلك في كتابنا تنقيح الحامدية فراجعه، وأطلنا الكلام عليه أيضاً في كتابنا تنبيه الولاة والحكام. قوله: (إلا في الوقف والإرث ووجود عذر شرعي) استثناء الإرث موافق لما مر عن الحموي، ولما في الخامدية عن فتاوى أحمد أفندي المهمنداري مفتي دمشق أنه كتب على ثلاثة أسئلة أنه تسمع دعوى الإرث ولا يمنعها طول المدة ويخالفه ما في الخيرية حيث ذكر أن المستثنى ثلاثة مال اليتيم والوقف والغائب، ومقتضاه: أن الإرث غير مستثنى فلا تسمع دعواه بعد هذه المدة، وقد نقل في الحامدية عن المهمنداري أيضاً أنه كتب على سؤال آخر فيمن تركت دعواها الإرث بعد بلوغها خمس عشرة سنة بلا عذر، أن الدعوى لا تسمع إلا بأمر سلطاني، ونقل أيضاً مثله فتوى تركية عن المولى أبي السعود، وتعريبها: إذا تركت دعوى الإرث بلا عذر شرعي خمس عشرة سنة فهل لا تسمع؟ الجواب: لا تسمع إلا إذا اعترف الخصم بالحق. ونقل مثله شيخ مشايخنا التركماني عن فتاوى علي أفندي مفتي الروم، ونقل مثله أيضاً شيخ مشايخنا السائحاني عن فتاوى عبد الله أفندي مفتي الروم وهذا الذي رأينا عليه عمل من قبلنا، فالظاهر أنه ورد نهي جديد بعدم سماع دعوى الإرث، والله سبحانه أعلم.

تنبيهات: الأول: قد استفيد من كلام الشارح أن عدم سماع الدعوى بعد هذه المدة إنما هو للنهي عنه من السلطان، فيكون القاضي معزولاً عن سماعها لما علمت من أن القضاء يتخصص فلذا قال: إلا بأمر: أي: فإذا أمر بسماعها بعد هذه المدة تسمع، وسبب النهي قطع الحيل والتزوير، فلا ينافي ما في الأشباه وغيرها من أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان اهـ. ولذا قال في الأشباه أيضاً: ويجب عليه سماعها اهـ. أي: يجب على السلطان الذي نهى قضاته عن سماع الدعوى بعد هذه المدة أن يسمعها بنفسه، أو يأمر بسماعها كيلا يضيع حق المدعي، والظاهر أن هذا حيث لم يظهر من المدعي أمارة التزوير، وفي بعض نسخ الأشباه: ويجب عليه عدم سماعها، وعليه، فالضمير يعود للقاضي المنهي عن سماعها، لكن الأول هو المذكور في معين المفتي.

الثاني: أن النهي حيث كان للقاضي لا ينافي سماعها من المحكم، بل قال المصنف: في معين المفتي: إن القاضي لا يسمعها من حيث كونه قاضياً، فلو حكمه الخصمان في تلك القضية التي مضى عليها المدة المذكورة فله أن يسمعها.

....

الثالث: عدم سماع القاضي لها إنما هو عند إنكار الخصم، فلو اعترف تسمع كما علم مما قدمناه من فتوى المولى أبي السعود أفندي، إذ لا تزوير مع الإقرار.

الرابع: عدم سماعها حيث تحقق تركها هذه المدة، فلو ادعى في أثنائها لا يمنع بل تسمع دعواه ثانياً ما لم يكن بين الدعوى الأولى والثانية هذه المدة. ورأيت بخط شيخ مشايخنا التركماني في مجموعته أن شرطها: أي: شرط الدعوى مجلس القاضي، فلا تصح الدعوى في مجلس غيره كالشهادة. تنوير وبحر ودرر. قال: واستفيد منه جواب حادثة الفتوى وهي أن زيداً ترك دعواه على عمرو مدة خمس عشرة سنة ولم يدع عند القاضي بل طالبه بحقه مراراً في غير مجلس القاضي، فمقتضى ما مر لا تسمع لعدم شرط الدعوى، فليكن على ذكر منك، فإنه تكرر السؤال عنها، وصريح فتوى شيخ الإسلام علي أفندي: أنه إذا ادعى عند القاضي مراراً ولم يفصل القاضي الدعوى ومضت المدة المزبورة تسمع، لأنه صدق عليه أنه لم يتركها عند القاضي اهـ ما في المجموعة، وبه أفتى في الحامدية. ثم لا يخفى أن ترك الدعوى إنما يتحقق بعد ثبوت حق طلبها، فلو مات زوج المرأة أو طلقها بعد عشرين سنة مثلاً من وقت النكاح فلها طلب مؤخر المهر، لأن حق طلبه إنما ثبت لها بعد الموت أو الطلاق لا من وقت النكاح، ومثله ما يأتي فيما لو أخر الدعوى هذه المدة لإعسار المديون ثم ثبت يساره بعدها، وبه يعلم جواب حادثة الفتوى سئلت عنها حين كتابتي لهذا المحل في رجل له كدك دكان وقف مشتمل على منجور وغيره وضعه من ماله في الدكان بإذن ناظر الوقف من نحو أربعين سنة وتصرف فيه هو وورثته من بعده في هذه المدة ثم أنكره الناظر الآن وأنكر وضعه بالإذن وأراد الورثة إثباته وإثبات الإذن بوضعه، والذي ظهر لي في الجواب سماع البينة في ذلك، لأنه حيث كان في يدهم ويد مورثهم هذه المدة بدون معارض لم يكن ذلك تركاً للدعوى ونظير ذلك ما لو ادعى زيد على عمرو بدار في يده فقال له عمرو: كنت اشتريتها منك من عشرين سنة وهي في ملكي إلى الآن وكذبه زيد في الشراء، فتسمع بينة عمرو على الشراء المذكور بعد هذه المدة، لأن الدعوى توجهت عليه الآن وقبلها كان واضع اليد بلا معارض فلم يكن مطالباً بإثبات ملكيتها فلم يكن تاركاً للدعوى ومثله فيما يظهر أن مستأجر دار الوقف يعمرها بإذن الناظر، وينفق عليها مبلغاً من الدراهم يصير ديناً له على الوقف، ويسمى في زماننا مرصداً، ولا يطالب به ما دام في الدار، فإذا خرج منها فله الدعوى على الناظر بمرصده المذكور وإن طالت مدته حيث جرت العادة بأنه لا يطالب به قبل خروجه، ولا سيما إذا كان في كل سنة يقتطع بعضه من أجرة الدار، فليتأمل.

الخامس: استثناء الشارح العذر الشرعي أعم مما في الخيرية من الاقتصار على استثناء الوقف ومال اليتيم والغائب، لأن العذر يشمل ما لو كان المدعى عليه حاكماً ظالماً كما يأتي، وما لو كان ثابت الإعسار في هذه المدة ثم أيسر بعدها فتسمع كما ذكره في الحامدية.

....

السادس: استثناء مال اليتيم مقيد بما إذا لم يتركها بعد بلوغه هذه المدة وبما إذا لم يكن له وليّ كما يأتي. وفي الحامدية: لو كان أحد الورثة قاصراً والباقي بالغين تسمع الدعوى بالنظر إلى القاصر بقدر ما يخصه دون البالغين.

مَطْلَبٌ : إِذَا تَرَكَ الدَّعْوَى ثَلاَثاً وَثَلاَثِينَ سَنَةً لاَ تُسْمَعُ

السابع: استثنوا الغائب والوقف ولم يبينوا له مدة فتسمع من الغائب ولو بعد خمسين سنة، ويؤيده قوله في الخيرية: من المقرر أن الترك لا يتأتى من الغائب له أو عليه لعدم تأتي الجواب منه بالغيبة والعلة خشية التزوير، ولا يتأتى بالغيبة الدعوى عليه، فلا فرق فيه بين غيبة المدعي والمدعى عليه اهـ. وكذا الظاهر في باقي الأعذار أنه لا مدة لها، لأن بقاء العذر وإن طالت مدته يؤكد عدم التزوير؛ بخلاف الوقف، فإنه لو طالت مدة دعواه بلا عذر ثلاثاً وثلاثين سنة لا تسمع كما أفتى به في الحامدية أخذاً مما ذكره في البحر في كتاب الدعوى عن ابن الغرس عن المبسوط: إذا ترك الدعوى ثلاثاً وثلاثين سنة ولم يكن مانع من الدعوى ثم ادعى لا تسمع دعواه، لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهراً اهـ. وفي جامع الفتوى عن فتاوى العتابي: قال المتأخرون من أهل الفتوى: لا تسمع الدعوى بعد ست وثلاثين سنة، إلا أن يكون المدعي غائباً أو صبياً أو مجنوناً وليس لهما ولي، أو المدعى عليه أميراً جائراً اهـ. ونقل ط عن **الخلاصة**: لا تسمع بعد ثلاثين سنة اهـ. ثم لا يخفى أن هذا ليس مبنياً على المنع السلطاني بل هو منع من الفقهاء، فلا تسمع الدعوى بعده وإن أمر السلطان بسماعها.

مَطْلَبٌ : بَاعَ عَقَاراً وَأَحَدُ أَقَارِبِهِ حَاضِرٌ لاَ تُسْمَعُ دَعْوَاهُ

الثامن: سماع الدعوى قبل مضي المدة المحدودة مقيد بما إذا لم يمنع منه مانع آخر يدل على عدم الحق ظاهراً لما سيأتي في مسائل شتى آخر الكتاب من أنه لو باع عقاراً أو غيره وامرأته أو أحد أقاربه حاضر يعلم به ثم ادعى ابنه مثلاً أنه ملكه لا تسمع دعواه، وجعل سكوته كالإفصاح قطعاً للتزوير والحيل، بخلاف الأجنبي فإن سكوته ولو جاراً لا يكون رضا، إلا إذا سكت الجار وقت البيع والتسليم وتصرف المشتري فيه زرعاً وبناء فلا تسمع دعواه على ما عليه الفتوى قطعاً للأطماع الفاسدة اهـ. وأطال في تحقيقه في الخيرية من كتاب الدعوى، فقد جعلوا مجرد سكوت القريب أو الزوجة عن البيع مانعاً من دعواه بلا تقييد باطلاعه على تصرف المشتري كما أطلقه في الكنز والملتقى، وأما دعوى الأجنبي ولو جاراً فلا بد في منعها من السكوت بعد الاطلاع على تصرف المشتري، ولم يقيدوه بمدة، وقد أجاب **المصنف** في فتاواه فيمن له بيت يسكنه مدة تزيد على ثلاث سنين ويتصرف فيه هدماً وعمارة مع اطلاع جاره على ذلك: بأنه لا تسمع دعوى الجار عليه البيت أو بعضه على ما عليه الفتوى وسيأتي تمام الكلام على ذلك آخر الكتاب في مسائل شتى قبيل الفرائض إن شاء الله تعالى، فانظره هناك فإنه مهم.

أمر السلطان إنما ينفذ إذا وافق الشرع، وإلا فلا. أشباه من القاعدة الخامسة وفوائد شتى، فلو أمر قضاته بتحليف الشهود وجب على العلماء أن ينصحوه ويقولوا له: لا تكلف قضاتك إلى أمر يلزم منه سخطك أو سخط الخالق تعالى.

قضاء الباشا وكتابه إلى القاضي جائز إن لم يكن قاض مولى من السلطان.

الحاكم كالقاضي إلا في أربعة عشر مسألة ذكرناها في شرح الكنز: يعني في البحر.

وفي الفصل الأول من جامع الفصولين: القاضي بتأخير الحكم يأثم ويعزّر ويعزل. وفي الأشباه: لا يجوز للقاضي تأخير الحكم بعد وجود شرائطه إلا في ثلاث: لريبة ولرجاء صلح أقارب، ....

مَطْلَبٌ: طَاعَةُ الإِمَامِ وَاجِبَةٌ

قوله: (أمر السلطان إنما ينفذ) أي: يتبع ولا تجوز مخالفته، وسيأتي قبيل الشهادات عند قوله: «أمرك قاض بقطع أو رجم إلخ» التعليل بوجوب طاعة ولي الأمر. وفي ط عن الحموي أن صاحب البحر ذكر ناقلاً عن أئمتنا أن طاعة الإمام في غير معصية واجبة، فلو أمر بصوم يوم رجب اهـ. وقدمنا أن السلطان لو حكم بين الخصمين ينفذ في الأصح، وبه يفتى. قوله: (يلزم منه سخطك) أي: إن عصوك وسخط الخالق: أي: إن أطاعوك اهـ ح عن الأشباه، وفي سخط ضم المهملة مع سكون الخاء المعجمة وفتحها، ونقل عن الصيرفية جواز التحليف[1]، وهو مقيد بما إذا رآه القاضي جائزاً أي: بأن كان ذا رأي، أما إذا لم يكن له رأي فلا ط عن أبي السعود. والمراد بالرأي الاجتهاد. قوله: (قضاء الباشا إلخ) قدمنا الكلام عليه قبيل قول المصنف: «لا يقضي على غائب ولا له». قوله: (الحاكم كالقاضي) في بعض النسخ: «المحكم» وهو الذي في البحر والأشباه. قوله: (إلا في أربعة عشر مسألة) سيأتي في آخر باب التحكيم أنه في البحر عدها سبعة عشر، ويأتي بيانه هناك مع زيادة عليها. قوله: (ذكرناها) من كلام الأشباه. قوله: (ويعزل) أي: يستحق العزل كما في الزيلعي. قوله: (لريبة) أي: إذا كان له ريبة في الشهود، ومنها: ثلاثة شهدوا عنده ثم قال أحدهم قبل القضاء: أستغفر اللّه كذبت في شهادتي فسمعه القاضي بلا تعيين شخصه، فسألهم فقالوا: كلنا على شهادتنا فإنه لا يقضي بشهادتهم ويخرجهم من عنده حتى ينظر في ذلك. بيري. قوله: (ولرجاء صلح أقارب) وكذا الأجانب، لأن القضاء يورث الضغينة فيحترز

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ونقل عن «الصيرفية» جواز التحليف إلخ) مقتضى ما في «الصيرفية» جواز أمره بالتحليف لكونه محل اجتهاد، وإذا كان القاضي مقلداً لمن يراه يحلف لكن في السندي نقلاً عن الكردري تحليف المدعي والشاهد أمر منسوخ باطل، والعمل به حرام، وفي «التهذيب»: وفي زماننا لما تعذرت التزكية بغلبة الفسق اختار القضاة استحلاف الشهود كما اختاره ابن أبي ليلى لحصول غلبة الظن.

وإذا استمهل المدعي.

لا يصح رجوعه عن قضائه إلا في ثلاث: لو بعلمه، أو ظهر خطؤه أو بخلاف مذهبه.

عنه مهما أمكن ط عن الشيخ صالح. وفي البيري عن خزانة الأكمل: إذا طمع القاضي في إرضاء الخصمين لا بأس بردهم، ولا ينفذ القضاء بينهما لعلهما يصطلحان، ولا يردهما أكثر من مرتين وإن لم يطمع أنفذ القضاء اهـ. قوله: (وإذا استمهل المدعي) أراد أن المدعي إذا استمهل من القاضي حتى يحضر بينة[1] فإنه يمهله، وكذا إذا أقام البينة ثم إن المدعى عليه استمهل من القاضي حتى يأتي بالدفع فإنه يجيبه، ولا يعجل بالحكم اهـ. وهذا بعد أن يسأله عن الدفع وكان صحيحاً، فلو فاسداً لا يمهله ولا يلتفت إليه كما في قاضيخان. بيري.

قلت: وسيأتي قبيل باب دعوى الرجلين أنه لو قال المدعى عليه: لي دفع يمهل إلى المجلس الثاني. وزاد البيري عن الخلاصة[2] مسألة أخرى: يؤخر فيها إذا لم يعتمد على فتوى أهل مصره، فبعث الفتوى إلى مصر آخر لا يأثم بتأخير القضاء.

مَطْلَبٌ : لاَ يَصِحُّ رُجُوعِ القَاضِي عَنْ قَضَائِهِ إِلاَّ فِي ثَلاَثٍ

قوله: (لا يصح رجوعه عن قضائه) فلو قال: رجعت عن قضائي أو وقعت في تلبيس الشهادة أو أبطلت حكمي لم يصح والقضاء ماض كما في الخانية. أشباه. قيد بالرجوع لأنه لو أنكر القضاء وقال الشهود: قضى فالقول له على المفتى به. ذكره ابن الغرس. وقدمنا أول القضاء عن جامع الفصولين اعتماد خلافه في زماننا.

مَطْلَبٌ : فِي حُكْمِ القَاضِي بِعِلْمِهِ

قوله: (ولو بعلمه) كما إذا اعترف عنده شخص لآخر بمبلغ وغابا عنه، ثم تداعى عنده اثنان فحكم على أحدهما ظاناً أنه ذلك المعترف ثم تبين له أنه غيره له نقضه. وتمامه في شرح الوهبانية. وهذا مبني على أن للقاضي العمل بعلمه، والفتوى على عدمه في زماننا كما نقله في الأشباه عن جامع الفصولين، وقيد بزماننا لفساد القضاة فيه، وأصل المذهب الجواز، وسيأتي تمامه في باب كتاب القاضي إلى القاضي. قوله: (أو ظهر خطؤه) تقدم بيانه عند قوله: «ولو قضى بالجور». قوله: (أو بخلاف مذهبه) تقدم بيانه عند قوله: «قضى في مجتهد فيه بخلاف رأيه».

---

(1) قال الرافعي: قوله: (أراد أن المدعي إذا استمهل من القاضي حتى يحضر بينة إلخ) صدر عبارة البيري هكذا: قال الخصاف: وأجعل لمن يطلب حقاً غائباً أو شاهداً أمداً ينتهي إليه أراد أن إلخ، وبهذا يتضح الحال.

(2) قال الرافعي: قوله: (وزاد البيري عن «الخلاصة» إلخ) لا حاجة لزيادة ما في «الخلاصة»، فإن المراد بالريبة ما يشمل الريبة في الحكم.

فعل القاضي حكم، ....

مَطْلَبٌ : فِعْلُ القَاضِي حُكْمٌ

قوله: (فعل القاضي حكم إلخ) كذا في الأشباه تفريعاً واستثناء، وذكر في البحر أول كتاب القضاء: فعل القاضي على وجهين:

الأول: ما لا يكون موضعاً للحكم كما لو أذنته مكلفة بتزويجها فزوجها فإنه وكيل عنها ففعله ليس بحكم كما في القاسمية.

الثاني: ما يكون محلاً للحكم كتزويج صغيرة لا وليّ لها، وشرائه وبيعه مال اليتيم، وقسمته العقار ونحو ذلك، فجزم في التجنيس بأنه حكم، وكذا تزويجه اليتيمة من ابنه ورده في نكاح الفتح بأن الأوجه أنه ليس بحكم[1] لانتفاء شرطه: أي: من الدعوى الصحيحة، وبأن إلحاقه بالوكيل يكفي للمنع: يعني أن الوكيل بالنكاح لا يملك التزويج من ابنه فالقاضي بمنزلته، فيغني ذلك عن كونه حكماً.

وعلى هذا فقولهم: شراء القاضي مال اليتيم أو شيئاً من الغنيمة لنفسه لا يجوز لأنه حكم لنفسه، خلاف الأوجه لأن إلحاقه بالوكيل للمنع مغن عن كونه حكماً، لأن شراء الوكيل لنفسه باطل، لكن لما كثر في كلامهم كون فعله حكماً.

مَطْلَبٌ : القَضَاءُ القَوْلِيُّ يحتَاجُ لِلدَّعْوَى بِخِلَافِ الفِعْلِيِّ وَالضِّمْنِيِّ

فالأولى أن يقال تصحيحاً لكلامهم: إن الحكم القولي يحتاج إلى الدعوى والفعلي لا كالقضاء الضمني لا يحتاج إليها وإنما يحتاجها القصدي، ويدخل الضمني تبعاً. وقال محمد في الأصل: لو طلب الورثة القسمة للعقار وفيهم غائب أو صغير. قال الإمام: لا أقسم ما لم يبرهنوا على الموت والمواريث، ولا أقضي على الغائب والصغير بقولهم لأن قسمة القاضي قضاء منه. وقالا: يقسم اهـ. وهذا قاطع للشبهة فتعين الرجوع إلى الحق اهـ ما في البحر ملخصاً.

وحاصله: أن ما في الأصل لا يمكن إلحاقه بالوكيل في المنع من القسمة، فتعين أن العلة ما نص عليها من كون فعله حكماً، وتعين التوفيق بما ذكر من أن القضاء الفعلي لا يحتاج إلى

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ورده في نكاح الفتح بأن الأوجه أنه ليس بحكم إلخ) في «البزازية» أول القضاة: أمر القاضي إنساناً بالقسمة في الرستاق يصح لأنها ليست من أعمال القضاء، وكذا إذا خرج إلى الرستاق ونصب قيماً في مال الصغير أو الوقف أو أذن بالنكاح، لأنه ليس بقضاء ولا من أعماله، والمصر شرط للقضاء في ظاهر الرواية لا لغيره، .قال صاحب «المحيط» وهذا مشكل عندي لأن القاضي إنما يفعل ذلك بولاية لقضاء حتى لو لم يؤذن له في ذلك لا يملك، فينبغي أن لا يشترط في المصر على ظاهر الرواية، وفي فتاوى الديناري: المحدود إذا لم يكن في ولاية القاضي، ولكن في ولاية من قلده يصح حكمه اهـ، وقال أبو السعود نقلاً عن أحكام الصفار: نصب الوصي ليس بقضاء ولكنه من أعماله.

فلو زوّج اليتيمة من نفسه أو ابنه لم يجز إلا في مسألتين: إذا أذن الوليّ للقاضي بتزويجها كان وكيلاً، وإذا أعطى فقيراً من وقف الفقراء كان له إعطاء غيره.

الدعوى كالضمني، بخلاف القولي القصدي. وبه اندفع ما مر عن الفتح من قوله: لانتفاء شرطه، واندفع أيضاً قول ابن الغرس: إن الصواب أن الفعل لا يكون حكماً. نعم قال في النهر: مما يدل على أنه ليس بحكم إثباتهم خيار البلوغ للصغير والصغيرة بتزويج القاضي على الأصح، إذ لو كان تزويجه حكماً لزم نقضه اهـ.

قلت: وقد يقال: إن معنى كونه حكماً أنه إذا زوج اليتيمة ليس لغيره نقضه، كما أفتى به ابن نجيم: أي: لو رفع إلى حاكم آخر لا يراه ليس له نقضه بل عليه تنفيذه، لأن الحكم يرفع الخلاف، ولا يلزم من هذا أنه ليس لها خيار البلوغ كما لو زوجها عصبة غير الأب والجد وحكم به القاضي، فإن حكمه بصحة العقد لا ينافي ثبوت خيار البلوغ كما لا يخفى، فكذا هنا بالأولى.

مَطْلَبٌ : فِي الْقَضَاءِ الضِّمْنِيِّ

تتمة: قال في الأشباه: القضاء الضمني لا يشترط له الدعوى والخصومة، فإذا شهدا على خصم بحق وذكر اسمه واسم أبيه وجده وقضى بذلك الحق كان قضاء بنسبه ضمناً وإن لم يكن في حادثة النسب اهـ. أي: إذا كان المشهود عليه غير مشار إليه، فلو مشاراً إليه لا يثبت نسبه كما أوضحه الحموي. ثم قال في الأشباه: وعلى هذا لو شهدا بأن فلانة[1] زوجة فلان وكلت زوجها فلاناً في كذا على خصم منكر وقضى بتوكيلها كان قضاء بالزوجية بينهما، وهي حادثة الفتوى، ونظيره ما في الخلاصة من طريق الحكم بثبوت الرمضانية أن يعلق رجل وكالة فلان بدخول رمضان ويدعي بحق على آخر ويتنازعا في دخوله فتقام البينة على رؤياه فيثبت رمضان ضمن ثبوت التوكيل، وأصل القضاء الضمني ما ذكره أصحاب المتون من أنه لو ادعى كفالة على رجل بمال بإذنه فأقر بها وأنكر الدين فبرهن على الكفيل بالدين وقضى عليه بها كان قضاء عليه قصداً وعلى الأصيل الغائب ضمناً. وله فروع وتفاصيل ذكرناها في الشرح اهـ. قوله: (إلا في مسألتين إلخ) استثناء من قوله فعل القاضي حكم، ووجه الأولى: أن فعله بطريق الوكالة، ووجه الثانية: أن فعله كفعل الواقف فلقاض آخر نقضه كما في منتخب المحيط الرضوي، وقيد ذلك فيه بقيدين عن بعض المشايخ فإنه قال: وإن أعطى القاضي بعض القرابة أي: فقيراً من قرابة الواقف ولم يقض له بذلك ولم يجعله راتبة في الوقف كان لقاض آخر نقضه، لكن ذكر في الأشباه من القاعدة الخامسة أن تقرير القاضي المرتبات غير لازم، إلا إذا حكم بعدم تقرير غيره فحينئذ يلزم، وهي في الخصاف. أفاده البيري.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (قال في «الأشباه» وعلى هذا لو شهدا بأن فلانة إلخ) قال البيري: هذا التفريع مخالف للمنقول فلا يعوّل عليه اهـ. من هبة الله.

أمر القاضي حكم إلا في مسألة الوقف المذكورة فأمره فتوى، فلو صرف لغيره صح.

. القاضي يحلف غريم الميت ولو أقرّ به المريض ....

مَطْلَبٌ: أَمْرُ القَاضِي حُكْمٌ

قوله: (أمر القاضي حكم) قدمنا أول القضاء أنهم اتفقوا على أن أمره بحبس المدعى عليه بالحق كأمره بالآخذ منه، وعلى أن أمره بصرف كذا من وقف الفقراء إلى فقير من قرابة الواقف ليس بحكم حتى لو صرفه إلى فقير آخر صح. واختلفوا في قولهم: سلم الدار، وتمام الكلام عليه في البحر والنهر هناك.

مَطْلَبٌ: يُحلِّفُ القَاضِي غَرِيمَ المَيِّتِ

قوله: (القاضي يحلف غريم الميت) لم يبين أن هذا التحليف واجب أم لا، وتوقف فيه المقدسي، لكن قال في الخلاصة عن أدب القاضي للخصاف: وأجمعوا على أن من ادعى ديناً على الميت يحلف من غير طلب الوصي والوارث بالله ما استوفيت دينك من المديون ولا من أحد أداه إليك عنه ولا قبضه قابض ولا أبرأته ولا شيئاً منه ولا أحلت بذلك ولا بشيء منه على أحد ولا عندك به ولا بشيء منه رهن اهـ. وعلله الصدر الشهيد بأن اليمين ليست للوارث ها هنا، وإنما هي للتركة، لأنه قد يكون له غريم آخر أو موصى له فالحق في هذا في تركة الميت، فعلى القاضي الاحتياط في ذلك، وقال قبله: ولا يدفع له شيئاً حتى يستحلفه اهـ. فحيث أجمعوا على تحليفه وذكروا أنه لا يدفع إليه المال حتى يستحلف ولم يفعل ذلك لم تستوف الدعوى شرطها فلا ينفذ حكمه بالدفع والقبض والقاضي مأمور بالحكم بأصح أقوال الإمام، فإذا حكم بغيره لم يصح، فكيف وقد أجمعوا على التحليف؟ وتمامه في الحامدية. قال في البحر من الدعوى: ولا خصوصية للدين بل في كل موضع يدعى حقاً في التركة، وأثبته بالبينة وعزاه إلى الولوالجية، ثم قال: ولم أر حكم من ادعى أنه دفع للميت دينه وبرهن هل يحلف وينبغي أن يحلف احتياطاً؟ اهـ. قال محشيه الرملي: قد يقال إنما يحلف في مسألة مدعي الدين على الميت احتياطاً لاحتمال أنهم شهدوا باستصحاب الحال وقد استوفاه في باطن الأمر، وأما في مسألة دفع الدين فقد شهدوا على حقيقة الدفع فانتفى الاحتمال المذكور اهـ. وهذا وجيه كما لا يخفى.

تنبيه: قيد بالقاضي لأن للوصيّ أن يدفع ذلك للمقر له إذا أقرّ به الميت عنده كما نصوا عليه، وتمامه في البيري. قوله: (ولو أقر به المريض) أي: في مرض موته. قال في التاترخانية: وقال القاضي الإمام أبو علي النسفي: عرفنا أن الدين إذا تقادم وجوبه حتى يتوهم سقوطه بهذه الأسباب فغريم الميت يستحلف، وكنا نظن أن الدين إذا ثبت بإقرار المريض في مرض موته أن الغريم لا يستحلف، لأنه ذكر في المبسوط في مواضع أن المريض إذا أقرّ في مرضه بالديون

لا يقبل قول أمين القاضي إنه حلف المخدرة إلا بشاهدين.

من اعتمد على أمر القاضي الذي ليس بشرعي لم يخرج عن العهدة اهـ. وقدمنا في الوقف عن المنظومة المحبية معزياً للمبسوط أن للسلطان مخالفة شرط الواقف لو غالبه قرى ومزارع وأنه يعمل بأمره وإن غاير الشرط، فليحفظ.

قلت: وأجاب صنعي أفندي بأنه متى كان في الوقف سعة ولم يقصر في أداء خدمته لا يمنع، فتنبه، وفي الوهبانية: يحبس الوليّ بدين الصغير حتى يوفيه أو يظهر فقر الصغير.

للغرماء فإنهم يعطون ذلك ولم يشترط اليمين، والخصاف ذكر اليمين هنا، وهذا شيء استفيد من جهته اهـ بيري. **قوله: (إنه حلف المخدّرة)** هي التي لا تخالط الرجال وإن خرجت لحاجة وحمام، كذا ذكره الشارح عن القنية في باب الشهادة على الشهادة. **قوله: (إلا بشاهدين)** هذه عبارة الأشباه، وظاهرها: أنه لا بد من شاهدين غير الأمين، وقدم عن الصغرى أنه يقبل قول شاهد معه، قال الشيخ صالح: ولعل ذلك لاختلاف الروايتين ط. **قوله: (وقدمنا في الوقف، إلخ)** كان الأولى ذكره عند قوله: «أمر السلطان إنما ينفذ إلخ». **قوله: (أن للسلطان مخالفة شرط الواقف)** فيجوز له إحداث وظيفة أو مرتب إذا كان المقرر في ذلك من مصارف بيت المال ط. **قوله: (لو غالبه قرى ومزارع)** بأن كان الواقف له سلطاناً أو واحداً من الأمراء ولم يعلم تملكه لها بوجه شرعي، ولذا علله الشارح هناك بقوله: «لأن أصلها لبيت المال» وأفتى المفتي أبو السعود أفندي بأن أوقاف الملوك والأمراء لا يراعى شروطها، لأنها من بيت المال أو ترجع إليه اهـ[1]. وقدمنا تمام الكلام على ذلك في الوقف. **قوله: (وأجاب صنعي أفندي)** أي: عن سؤال سئل عنه. **قوله: (متى كان في الوقف سعة)** بفتح السين والعين المهملتين: أي: بأن كانت غلته وافرة. **قوله: (ولم يقصر)** أي: ذو الوظيفة التي أحدثها السلطان. **قوله: (لا يمنع)** أي: من تناول ما قرره له.

مَطْلَبٌ : فِي حَبْسِ الصَّبِيِّ

قوله: (يحبس الولي إلخ) في البحر: لا يحبس صبيّ على دين الاستهلاك ولو له مال من عروض وعقار إذا لم يكن له أب أو وصي، والرأي فيه للقاضي، فيأذن في بيع بعض ماله للإيفاء؛ ولو له أب أو وصي يحبس إن امتنع من قضاء دينه من ماله: أي: مال الصبي، ولا يحبس الصبي إلا بطريق التأديب لئلا يتجاسر إلى مثله إذا باشر شيئاً من أسباب التعدي قصداً، فلو خطأ فلا، كذا في كفالة المبسوط. وفي المحيط للقاضي، حبس الصبي التاجر تأديباً لا عقوبة لئلا يماطل حقوق

---

(1) قال الرافعي: قوله: (لأنها من بيت المال أو ترجع إليه) بأن كان الواقف رقيق بيت المال، لأن في عتقه نظراً.

قلت: لكن قدم شارحها عن قاضيخان أن الحرّ والعبد والبالغ والصبيّ في الحبس سواء، فيتأمل نفيه هنا، قاله الشرنبلالي. قال: وليس للقاضي البيع مع وجود أب أو وصي، وهي فائدة حسنة.

قلت: وفي القنية: ومتى باعا فللقاضي نقضه لو أصلح كما نظمه الشارح فضممته للمتن مغيراً لبعضه، فقلت:

وَيُنْقَضُ بَيْعٌ مِنْ أَبٍ أَوْ وَصِيِّهِ ... وَلَوْ مُصْلِحاً وَالأَصْلَحُ النَّقْضُ يُسْطَرُ

وَيحبَسُ فِي دَيْنٍ عَلَى الطِّفْلِ وَالِدٌ ... وَصِيٌّ وَلِلتَّأْدِيبِ بَعْضٌ يُصَوِّرُ

وَفِي الدَّيْنِ لَمْ يحبَسْ أَبٌ وَمُكَاتَبٌ ... وَعَبْدٌ لِمَوْلاَهُ كَعَكْسٍ ....

العباد، فإن الصبي يؤدب لينزجر عن الأفعال الذميمة اهـ. قوله: (فيتأمل نفيه هنا) قد علمت من عبارتي المبسوط والمحيط أن نفيه على وجه العقوبة وإثباته على وجه التأديب، وهو شامل أيضاً للمأذون والمحجور فافهم. قوله: (قال) أي: الشرنبلالي، وقد عزاه في النهر إلى الطرسوسي أخذاً من قول المبسوط: ولو له أب أو وصي إلخ. قوله: (فللقاضي نقضه) أي: نقض بيع الأب والوصي لو النقض أصلح للصغير. قوله: (كما نظمه الشارح) أي: شارح الوهبانية القاضي عبد البر بن الشحنة. قوله: (ولو مصلحاً) إنما ذكره لأنهم صرحوا بأن شرط بيع الأب عقار الصغير بمثل القيمة كونه محموداً أو مستوراً، فلو كان مفسداً لا يجوز إلا بضعف القيمة. قوله: (والأصلح النقض) الواو للحال، وقوله: (يسطر) بسكون السين جملة استئنافية. قوله: (ويحبس إلخ) أي: يحبس الوالد والوصي في دين على الطفل لأجنبي إذا كان للطفل مال وامتنعا من أدائه كما علم مما مر. قوله: (وصي) على تقدير الواو العاطفة. قوله: (وللتأديب إلخ) أي: وحبس الصبي للتأديب بعض المشايخ تصوّروا. قوله: (وفي الدين لم يحبس أب) تقدمت هذه المسألة في قوله: «لا يحبس أصل وإن علا في دين فرعه بل يقضي القاضي دينه من عين ماله أو قيمته إلخ» واحترز بالدين عن النفقة فإنه يحبس بها كما مر هناك. قوله: (ومكاتب) بفتح التاء: أي: لا يحبس المكاتب بدين الكتابة، فإن كان ديناً آخر يحبس به للمولى ومنهم من منعه لأنه يتمكن من إسقاطه بالتعجيز، وصححه في المبسوط وعليه الفتوى. بحر عن أنفع الوسائل. قوله: (وعبد لمولاه) أي: لدين مولاه، أطلقه الزيلعي، فظاهره ولو كان مديوناً. بحر. قوله: (كعكس) أي: عكس المكاتب والعبد فلا يحبس المولى بدين مكاتبه إن كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة، وإلا يحبس لتوقفها على الرضا، ولا يحبس المولى بدين عبده المأذون غير المديون، وإن مديوناً يحبس لحق الغرماء. بحر. وذكره الشارح بعد.

.... ومُعْسِرُ ....

نعم لو العبد مديوناً يحبس المولى بدينه لأنه للغرماء، وكذا يحبس بدين مكاتبه إلا فيما كان من جنس الكتابة، ففي عتاق الوهبانية:

وَفي غَيرِ جِنْسِ الْحَقِّ يحبِسُ سَيِّداً مُكَاتَبُهُ وَالْعَبْدُ فِيهَا مُخيرِ

وفي حجرها:

ويحبِسُ ذُو الكُتُبِ الصِّحَاحِ المُحَرِّرُ عَلَى الدَّيْنِ إذْ بِالْكُتْبِ مَا هُوَ مُعْسِرُ

١ ــ بَابُ التَّحْكِيمِ

....

مَطْلَبٌ: جمْلَةُ مَنْ لا يحبَسُ عَشْرَةٌ

قوله: (ومعسر) أي: من ظهر إعساره بعد حبسه المدة التي يراها القاضي فلا يحبس بعدها، وبهذا بلغ عدد من لا يحبس سبعة: أولها الصبي، وكلها في النظم وقد عدها في البحر كذلك، لكنه أسقط المعسر وذكر بدله العاقلة إن كان لهم عطاء فلا يحبسون في دية وأرش، ويؤخذ من العطاء، وإن لم يكن عطاء يحبسون. ثم قال: ويزاد مسألتان لا يحبس المديون إذا علم القاضي أن له مالاً غائباً، أو محبوساً موسراً فصارت تسعاً اهـ.

قلت: وبالمعسر صارت عشراً. قوله: (نعم إلخ) تقييد لقوله كعكس. قوله: (إلا فيما كان من جنس الكتابة) الأولى أن يقول: إن لم يكن من جنس الكتابة[1]، فإنه تقييد أيضاً لقوله: «كعكس» كما علم من عبارة البحر المارّة آنفاً. قوله: (سيداً) مفعول مقدم على فاعله وهو «مكاتبه». قوله: (والعبد فيها) أي: في الكتابة مخير، لأنها عقد غير لازم في جانبه فله فسخها. قوله: (المحرّر) اسم فاعل: أي: الذي حرّر الكتب وصححها واحتاج إليها لاعتماده عليها. قوله: (إذ بالكتب ما هو معسر) إذ قضاء الدين مقدم على حاجته إليها وإن كان فقيراً في حق أخذ الصدقة وعدم وجوب الزكاة كما لو كان له قوت شهر فإنه يباع عليه وهو موسر، ولا يباع عليه قوت يومه كما في القنية، والله سبحانه أعلم.

بَابُ التَّحْكِيمِ

لما كان من فروع القضاء وكان أحط رتبة من القضاء أخره، ولهذا قال أبو يوسف: لا يجوز

(1) قال الرافعي: قوله: (الأولى أن يقول: إن لم يكن من جنس الكتابة إلخ) كل من العبارتين مساوية للأخرى كما هو ظاهر، فلا أولوية لإحداهما على الأخرى.

(هو) لغة: جعل الحكم فيما لك لغيرك. وعرفاً: (تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما. وركنه لفظه الدالّ عليه مع قبول الآخر) ذلك (وشرطه من جهة المحكم) بالكسر (العقل لا الحرية والإسلام) فصح تحكيم ذمي ذمياً (و) شرطه (من

تعليقه بالشرط وإضافته إلى وقت، بخلاف القضاء لكونه صلحاً من وجه. بحر. **قوله: (هو لغة إلخ)** في الصحاح: ويقال: حكمته في مالي إذا جعلت إليه الحكم فيه اهـ. وهذه العبارة لا تدل على أن التحكيم لغة خاص بالمال خلافاً لما توهمه عبارة الشارح(1)، ولذا قال في المصباح: حكمت الرجل بالتشديد: فوّضت الحكم إليه. **قوله: (وعرفا تولية الخصمين)** أي: الفريقين المتخاصمين، فيشمل ما لو تعدد الفريقان، ولذا أعيد عليهما ضمير الجماعة في قوله تعالى: **﴿هذان خصمان اختصموا﴾**[1] وفي المصباح: الخصم يقع على المفرد وغيره والذكر والأنثى بلفظ واحد، وفي لغة: يطابق في التثنية والجمع فيجمع على خصوم وخصام اهـ فافهم. **قوله: (حاكماً)** المراد به ما يعم الواحد والمتعدد.

تنبيه: في البحر عن البزازية: **قال بعض علمائنا: أكثر قضاة عهدنا في بلادنا مصالحون،** لأنهم تقلدوا القضاء بالرشوة، ويجوز أن يجعل حاكماً بترافع القضية؛ واعترض بأن الرفع ليس على وجه التحكيم بل على اعتقاد أنه ماضي الحكم، وحضور المدعى عليه قد يكون بالأشخاص والجبر فلا يكون حكماً؛ ألا ترى أن البيع قد ينعقد ابتداء بالتعاطي، لكن إذا تقدمه بيع باطل أو فاسد وترتب عليه التعاطي لا ينعقد البيع لكونه ترتب على سبب آخر فكذا هنا، ولهذا **قال السلف:** القاضي النافذ حكمه أعز من الكبريت الأحمر اهـ. **قال ط:** وبعض الشافعية يعبر عنه بأنه قاضي ضرورة، إذ لا يوجد قاض فيما علمناه من البلاد إلا وهو راش ومرتش اهـ. وانظر ما قدمناه أول القضاء. **قوله: (وركنه لفظه إلخ)** أي: ركن التحكيم لفظه الدال عليه: أي: اللفظ الدال على التحكيم كاحكم بيننا أو جعلناك حكماً أو حكمناك في كذا، فليس المراد خصوص لفظ التحكيم. **قوله: (مع قبول الآخر)** أي: المحكم بالفتح، فلو لم يقبل لا يجوز حكمه إلا بتجديد التحكيم. بحر عن المحيط. **قوله: (من جهة المحكم)** أي: جنسه الصادق بالفريقين، وشمل ما لو كان أحدهما قاضياً كما في القهستاني. **قوله: (لا الحرية)** فتحكيم المكاتب والعبد المأذون صحيح. بحر. **قوله: (فصح تحكيم ذمي ذمياً)** لأنه أهل للشهادة بين أهل الذمة دون المسلمين، ويكون تراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان إياه، وتقليد الذمي ليحكم بين أهل الذمة صحيح لا بين المسلمين، وكذلك التحكيم. هندية عن النهاية ط. وفي البحر عن المحيط: فلو أسلم أحد

(1) **قال الرافعي: قوله: (خلافاً لما توهمه عبارة الشارح إلخ)** الإيهام مندفع على جعل ما موصولة، كما هو مقتضى الرسم وإنما الإيهام في عبارة «الصحاح» حسبما هو مرسوم.

(١) سورة: الحج (٢٢)، الآية: ١٩.

جهة المحكم) بالفتح **(صلاحيته للقضاء)** كما مر **(ويشترط الأهلية)** المذكورة **(وقته)** أي: التحكيم **(ووقت الحكم جميعاً، فلو حكما عبداً فعتق أو صبياً فبلغ أو ذمياً فأسلم ثم حكم لا ينفذ كما)** هو الحكم **(في مقلد)** بفتح اللام مشددة، بخلاف الشهادة، وقدمنا أنه لو استقضى العبد ثم عتق فقضى صح، وعزاه سعدي أفندي للمبتغى **(حكما رجلاً)** معلوماً، إذ لو حكما أول من يدخل المسجد لم يجز إجماعاً

الخصمين قبل الحكم لا ينفذ حكم الكافر على المسلم وينفذ للمسلم على الذمي، وقيل لا يجوز للمسلم أيضاً، وتحكيم المرتد[1] موقوف عنده، فإن حكم ثم قتل أو لحق بطل، وإن أسلم نفذ، وعندهما جائز بكل حال. قوله: (كما مر) أي: في الباب السابق في قوله: «والمحكم كالقاضي» وأفاد جواز تحكيم المرأة والفاسق لصلاحيتهما للقضاء، والأولى أن لا يحكما فاسقاً. بحر. **قوله: (وقته ووقت الحكم جميعاً)** وكذا فيما بينهما، بخلاف القاضي كما سيأتي في المسائل المخالفة. بحر. **قوله: (فلو حكما عبداً إلخ)** ولو حكما حراً وعبداً فحكم الحر وحده لم يجز، وكذا إذا حكما. بحر عن المحيط. **قوله: (في مقلد)** بفتح اللام مبني للمجهول: أي: فيمن قلده الإمام القضاء. **قوله: (بخلاف الشهادة)** فإن اشتراط الأهلية فيها عند الأداء فقط، وأشار بهذا إلى فائدة قول المصنف: «صلاحيته للقضاء»[2] حيث لم يقل للشهادة. **قوله: (وقدمنا)** أي: قبيل قوله: «وإذا رفع إليه حكم قاض» وأشار بهذا إلى أن قوله: «كما في مقلد» ليس متفقاً عليه، وقدمنا أول القضاء عند قوله: «وأهله أهل الشهادة» أن فيه روايتين، وأنه في الواقعات الحسامية قال: الفتوى على أنه لا ينعزل بالردة، لأن الكفر لا ينافي ابتداء القضاء في إحدى الروايتين، وإن هذا يؤيد رواية صحة تولية الكافر والعبد[3] وصحة حكمهما بعد الإسلام والعتق بلا تجديد تولية، وبه جزم في البحر واقتصر عليه في الفتح، خلافاً لما مشى عليه المصنف هنا، وأن هذا بخلاف الصبي إذا بلغ فإنه لا بد من تجديد توليته، وقدمنا وجه الفرق هناك فافهم، وهل تجري هذه الرواية في المحكم؟ لم أره، والظاهر لا.

(1) **قال الرافعي: قوله: (وتحكيم المرتد)** من إضافة المصدر لفاعله لا لمفعوله لعدم صحة جعله حكماً، لعدم أهلية الشهادة قال في «الهندية»: مسلم ومرتد حكما بينهما مرتداً فحكم بينهما، ثم قتل المرتد أو لحق بدار الحرب لم يجز حكمه عند أبي حنيفة، ولو أسلم جاز وعندهما جاز بكل حال.

(2) **قال الرافعي: قوله: (وأشار بهذا إلى فائدة قول المصنف: صلاحيته للقضاء)** ليس في كلامه هذه الإشارة، بل لو عبر بالشهادة بدل القضاء لساوى عبارة المصنف، فالتعبير بإحدى العبارتين مساو للتعبير بالأخرى، كما هو ظاهر تأمل.

(3) **قال الرافعي: قوله: (وأن هذا يؤيد صحة تولية الكافر والعبد إلخ)** تقدم في أول القضاء ما يفيد أن ما ذكره لا يفيد تصحيح رواية تولية الكافر للفرق بين حالتي الابتداء والبقاء.

للجهالة (فحكم بينهما ببينة أو إقرار أو نكول) ورضيا بحكمه (صح لو في غير حدّ وقود ودية على عاقلة) الأصل أن حكم المحكم بمنزلة الصلح، وهذه لا تجوز بالصلح فلا تجوز بالتحيكم (وينفرد أحدهما بنقضه) أي: التحكيم بعد وقوعه (كما ينفرد أحد العاقدين (في مضاربة وشركة ووكالة) بلا التماس طالب (فإن حكم لزمهما) ولا يبطل حكمه بعزلهما لصدوره عن ولاية شرعية و(لا) يتعدى حكمه إلى (غيرهما)

مَطْلَبٌ : حَكَمَ بَيْنَهُمَا قَبْلَ تَحْكِيمِهِ ثُمَّ أَجَازَاهُ جَازَ

قوله: (ورضيا بحكمه) أي: إلى أن حكم، كذا في الفتح، فأفاد أنه احتراز عما لو رجعا عن تحكيمه قبل الحكم، أو عما لو رضي أحدهما فقط، لكن كان الأولى ذكره قبل قوله: «فحكم» لئلا يوهم اشتراط الرضا بعد الحكم مع أنه إذا حكم لزمهما حكمه كما في الكنز وغيره ويأتي متناً، أو يذكره هناك[1] بأو ليدخل ما لو حكم بينهما قبل تحكيمه ثم قالا رضينا بحكمه وأجزناه، فإنه جائز كما نقله ط عن الهندية. قوله: (صح لو في غير حد وقود إلخ) شمل سائر المجتهدات من حقوق العباد كما ذكره بعد، وما ذكره من منعه في القصاص تبعاً للكنز وغيره، هو قول الخصاف وهو الصحيح كما في الفتح، وما في المحيط من جوازه فيه، لأنه من حقوق العباد ضعيف رواية ودراية، لأن فيه حق الله تعالى أيضاً، وإن كان الغالب حق العبد، وكذا ما اختاره السرخسي من جوازه في حق القذف ضعيف بالأولى، لأن الغالب فيه حق الله تعالى على الأصح. بحر. قوله: (ودية على عاقلة) خرج ما لو كانت على القاتل بأن ثبت القتل بإقراره، أو ثبتت جراحة ببينة وأرشها أقل مما تحمله العاقلة خطأ كانت الجراحة أو عمداً، أو كانت قدر ما تتحمله ولكن كانت الجراحة عمداً لا توجب القصاص فينفذ حكمه، وتمامه في البحر. قوله: (بمنزلة الصلح) لأنهما توافقا على الرضا بما يحكم به عليهما. قوله: (وهذه لا تجوز بالصلح) اعترض بأنه سيأتي في الصلح جوازه في كل حق يجوز الاعتياض عنه، ومنه القصاص لا فيما لا يجوز، ومنه الحدود.

أقول: منشأ الاعتراض عدم فهم المراد، فإن المراد أن هذه الثلاثة لا تثبت بالصلح: أي: بأن اصطلحا على لزوم الحد أو لزوم القصاص إلخ. وما سيأتي في الصلح معناه أنه يجوز الصلح عن القصاص بمال لأنه يجوز الاعتياض عنه، بخلاف الحد فالقصاص هنا مصالح عنه، وفي الأول مصالح عليه، والفرق ظاهر كما لا يخفى. قوله: (بعد وقوعه) الأولى أن يبدله بقوله: قبل الحكم. قوله: (كما ينفرد أحد العاقدين إلخ) أي: بنقض العقد وفسخه إذا علم الآخر ولو بكتابة أو رسول على تفصيل مر في الشركة، ويأتي في الوكالة والمضاربة إن شاء الله تعالى. قوله: (بلا التماس طالب) يعني أن الموكل ينفرد بعزل الوكيل ما لم يتعلق بالتوكيل حق المدعي كما لو أراد خصمه السفر فطلب منه أن يوكل وكيلاً بالخصومة فليس له عزله كما سيأتي في بابه. قوله:

(١) قال الرافعي: قوله: (أو يذكره هناك) لعل الأنسب إسقاط الكاف من لفظ هناك.

إلا في مسألة ما لو حكم أحد الشريكين وغريماً له زجلاً فحكم بينهما وألزم الشريك تعدى للشريك الغائب لأن حكمه كالصلح. بحر **(فلو حكماه في عيب مبيع فقضى برده ليس للبائع رده على بائعه إلا برضا البائع الأول والثاني والمشتري)** بتحكيمه. فتح. ثم استثناء الثلاثة يفيد صحة التحيكم في كل المجتهدات كحكمه بكون الكنايات رواجع، وفسخ اليمين المضافة إلى الملك وغير ذلك، لكن هذا مما يعلم ويكتم، وظاهر الهداية أنه يجيب بلا يحل، فتأمل ....

(وغريماً له) منصوب على أنه مفعول معه. **قوله: (لأن حكمه كالصلح)** والصلح من صنيع التجار، فكان كل واحد من الشريكين راضياً بالصلح وما في معناه. بحر. **قوله: (بتحكيمه)** متعلق برضا. **قوله: (ثم استثناء الثلاثة)** أي: الحد والقود والدية على العاقلة، وكان الأولى ذكر هذا عقبها. **قوله: (في كل المجتهدات)** أي: المسائل التي يسوغ فيها الاجتهاد من حقوق العباد كالطلاق والعتاق والكتابة والكفالة والشفعة والنفقة والديون والبيوع، بخلاف ما خالف كتاباً أو سنة وإجماعاً. **قوله: (كحكمه بكون الكنايات رواجع إلخ) قال الصدر الشهيد في** شرح أدب القضاء: هو الظاهر عند أصحابنا وهو الصحيح، لكن مشايخنا امتنعوا عن هذه الفتوى **وقالوا**: يحتاج إلى حكم الحاكم كما في الحدود والقصاص كي لا يتجاسر العوام فيه اهـ.

قال في الفتح: وفي الفتاوى الصغرى: حكم المحكم في الطلاق المضاف ينفذ لكن لا يفتى به؛ وفيها روى عن أصحابنا ما هو أوسع من هذا، وهو أن صاحب الحادثة لو استفتى فقيهاً عدلاً فأفتاه ببطلان اليمين وسعه اتباع فتواه وإمساك المرأة المحلوف بطلاقها. وروى عنهم ما هو أوسع وهو إن تزوج أخرى وكان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فاستفتى فقيهاً آخر فأفتاه بصحة اليمين فإنه يفارق الأخرى ويمسك الأولى عملاً بفتواهما اهـ. **قوله: (وغير ذلك)** كما إذا مس صهرته بشهوة وانتشر لها فحكم الزوجان حكماً ليحكم لهما بالحل على مذهب الشافعي، فالأصح هو النفاذ إن كان المحكم يراه، وإلا فالصحيح عدمه. أفاده في البحر عن القنية. **قوله: (وظاهر الهداية إلخ)** حيث قال: قالوا: وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات، وهو الصحيح إلا أنه لا يفتى به، ويقال: يحتاج إلى حكم المولي دفعاً لتجاسر العوام اهـ: أي: تجاسرهم على هدم المذهب. فتح. ومثل عبارة الهداية عبارة شرح أدب القضاء المارة آنفاً، وتقدم فيها أن الصحيح صحة التحكيم، وأنه الظاهر عن أصحابنا، وكأن ما هنا ترجيح للقول الآخر المقابل للصحيح، والمتبادر من عبارة الهداية: أنه لا يفتى بجوازه في سائر المجتهدات. لكن ذكر في البحر عن الولوالجية، والقنية ما هو كالصريح في أن ذلك في اليمين المضافة ونحوها، ونحوه ما قدمناه آنفاً عن الفتح عن الفتاوى الصغرى: ويأتي التصريح به في المخالفات، ولكن يتأمل في وجه المنع من عدم الإفتاء به، والتعليل بأن لا يتجاسر العوام على هدم المذهب لا يظهر في خصوص اليمين المضافة ونحوها.

(وصح إخباره بإقرار أحد الخصمين وبعدالة الشاهد حال ولايته) أي: بقاء تحكيمهما **(لا)** يصح **(إخباره بحكمه)** لانقضاء ولايته **(ولا يصح حكمه لأبويه وولده وزوجته)** كحكم القاضي **(بخلاف حكمهما)** أي: القاضي والمحكم **(عليهم)** حيث يصح كالشهادة **(حكما رجلين فلا بد من اجتماعهما)** على المحكوم به ....

ثم رأيت المقدسي توقف في ذلك أيضاً وأجاب بما حاصله: أنهم منعوا من تولية القضاء لغير الأهل لئلا يحكم بغير الحق، وكذلك منعوا من التحكيم هنا لئلا يتجاسر العوام على الحكم بغير علم.

قلت: هذا يفيد منع التحكيم مطلقاً إلا لعالم. والأحسن في الجواب أن يقال: إن الحالف في اليمين المضافة[1] إذا كان يعتقد صحتها يلزمه العمل بما يعتقده، فإذا حكم بعدم صحتها حاكم مولى من السلطان لزمه اتباع رأي الحاكم وارتفع بحكمه الخلاف، أما إذا حكم رجلاً فلا يفيده شيئاً سوى هدم مذهبه، لأن حكم المحكم بمنزلة الصلح لا يرفع خلافاً ولا يبطل العمل بما كان الحالف يعتقده، فلذا قالوا: لا يفتى به، ولا بد من حكم المولى، هذا ما ظهر لي والله سبحانه أعلم.

تنبيه: سيأتي في المخالفات أنه لا يصح حكمه بما فيه ضرر على الصغير بخلاف القاضي.

قوله: (وصح إخباره إلخ) أي: إذا قال لأحدهما أقررت عندي، أو قامت عندي بينة عليك لهذا فعدلوا عندي، وقد ألزمتك بذلك وحكمت لهذا فأنكر المقضي عليه لا يلتفت إلى إنكاره ومضى القضاء عليه ما دام المجلس باقياً، لأن المحكم ما دام تحكيمهما قائماً كالقاضي المقلد إلا أن يخرجه المخاطب عن الحكم ويعزله قبل أن يقول حكمت عليك، أو قاله بعد المجلس لأنه بالقيام منه ينعزل كما ينعزل بعزل أحدهما قبل الحكم فصار كالقاضي إذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق. فتح. **قوله: (لا يصح إخباره بحكمه)** أي: بعد ما قام. **قوله: (كحكم القاضي)** فإنه لا يصح لمن لا تقبل شهادته له. **قوله: (فلا بد من اجتماعهما)** فلو حكم أحدهما أو اختلفا لم يجز

(1) قال الرافعي: قوله: (والأحسن في الجواب أن يقال: إن الحالف في اليمين المضافة إلخ) فيه نظر، فإن مقتضى هذا الوجه أن التحكيم لا يصح في كل شيء لعدم إفادته شيئاً في معتقده، وأيضاً لا يظهر ما قاله إلا فيمن له رأي لا في العامي، وإذا كان الشخص مقلداً لأبي حنيفة كيف يحرم عليه العمل بما حكم به المحكم، وإلا امتنع تقليد غير إمامه، والأوجه أن يقال في توجيه هذه الرواية أن التحكيم في اليمين ونحوها راجع لحقوقه تعالى، إذ موجبها الحرمة وهي من حقوقه ففيه إبطاله، ولا ولاية لهما عليه تعالى، فلذا منع عنه واحتاج الأمر لحكم المولى تأمل، وتقدم له عن «الولوالجية» أن المحكوم عليه يتبع رأي القاضي إجماعاً، وأن المحكوم له يتبع رأي القاضي عند محمد، وهذا كله إذا كان الزوج له رأي واجتهاد، فلو عامياً اتبع رأي القاضي سواء حكم له أو عليه، والمراد بالعامي غير المجتهد فيشمل العالم والجاهل والوجه قول محمد.

(ويمضي) القاضي **(حكمه إن وافق مذهبه وإلا أبطله)** لأن حكمه لا يرفع خلافاً **(وليس له)** للمحكم **(تفويض التحكيم إلى غيره، وحكمه بالوقف لا يرفع خلافاً)** على الصحيح. خانية **(فلو رفع إلى موافق)** لمذهبه **(حكم)** ابتداء **(بلزومه)** بشرطه **(ولا يمضيه)** لأنه لم يقع معتبراً.

كما في البحر عن الولوالجية، وفيه عن الخصاف: لو قال لامرأته: أنت عليّ حرام ونوى الطلاق دون الثلاث فحكما رجلين فحكم أحدهما بأنها بائن وحكم الآخر بأنها بائن بالثلاث لم يجز، لأنهما لم يجتمعا على أمر واحد اهـ. **قوله: (ويمضي حكمه)** أي: إذا رفع حكمه إلى القاضي إن وافق مذهبه أمضاه وإلا أبطله، وفائدة إمضائه ها هنا أنه لو رفع إلى قاض آخر يخالف مذهبه ليس لذلك القاضي ولاية النقض فيما أمضاه هذا القاضي. جوهرة. وفي البحر: ولو رفع حكمه إلى حكم آخر حكماه بعد فالثاني كالقاضي يمضيه إن وافق رأيه وإلا أبطله. **قوله: (لأن حكمه لا يرفع خلافاً)** لقصور ولايته عليهما، بخلاف القاضي العام. **قوله: (للمحكم)** بدل من له. **قوله: (تفويض التحكيم إلى غيره)** فلو فوض وحكم الثاني بلا رضاهما فأجازه القاضي لم يجز[1]، إلا أن يجيزاه بعد الحكم؛ وقيل ينبغي أن يكون كالوكيل الأول إذا أجاز فعل الوكيل الثاني. فتح. **قوله: (وحكمه بالوقف)** أي: بلزومه لا يرفع خلافاً: أي: خلاف الإمام القائل بعدم لزومه، بل يبقى عنده غير لازم يصح رجوعه عنه. **قوله: (بشرطه)** أي: من كونه مفرزاً عقاراً ونحو ذلك مما مر في بابه. **قوله: (ولا يمضيه)** عبارة البحر: لا أنه يمضيه[2]. ....

---

(1) قال الرافعي: قوله: (فلو فوض وحكم الثاني بلا رضاهما فأجازه القاضي لم يجز إلخ) توضيح هذه المسألة ما في «الهندية» وليس للحكم أن يفوض التحكيم إلى غيره لأن الخصمين لم يرضيا بتحكيم غيره، فإنه فوض وحكم الثاني بغير رضاهما وأجازه الحكم الأول لم يجز إلا أن يجيزه الخصمان، ومن مشايخنا من قال بأن قوله فإن أجازه الحكم الأول لا يجوز مما لا يكاد يصح، فإنه كالوكيل الأول إذا أجاز بيع الوكيل الثاني جاز، و كالقاضي إذا لم يؤذن له في الاستخلاف إذا أجاز حكم خليفته جاز، وذكر في «السير» إذا نزل قوم على حكم رجل فحكم غيره بغير رضاهم لم يجز، ولو أجاز الأول حكم الثاني جاز، وتأويل قوله: إن إجازته باطلة أي: إجازته تحكيمه وتفويضه إلى الثاني باطلة، لأن الإذن منه بالتحكيم في الابتداء لا يصح فكذا في الانتهاء، فأما إجازته حكم الثاني فتجوز كأنه باشره بنفسه، ومنهم من فرق بينهما والفرق أن الحكم لا يصح إلا بالعبارة، فلا يصح منه تنفيذ الحكم عليهما بعبارة غيره بخلاف إجازة الوكيل الأول بيع الثاني، لأن البيع ينفذ بدون العبارة بالتعاطي، فكان المقصود بالتوكيل حضور رأي الوكيل عند البيع لا عبارته، فإذا أجاز بيع الثاني فقد حضر رأيه ذلك العقد فصح، وبخلاف إجازة القاضي حكم خليفته لأن القاضي يملك القضاء بما قضى خليفته من غير رضا الخصمين، فلا يملك أيضاً إجازة قضاء الغير عليهما من غير رضاهما، كذا في «محيط السرخسي» اهـ، كذا عبارة الأصل، وحقه حذف حرف النفي من قوله: فلا يملك إلخ.

(2) قال الرافعي: قوله: (عبارة «البحر» لا أنه يمضيه) مقتضى قولهم: ويمضي حكمه أن إلخ أن القاضي =

والحاصل: أنه كالقاضي إلا في مسائل عدّ منها في البحر سبعة عشر، منها: لو ارتدّ انعزل، ....

قوله: (عد منها في البحر سبعة عشر) أشار إلى أنها تزيد على ذلك وهو كذلك، وتقدم كثير منها في الشرح والمتن، منها: أنه لو استقضى العبد ثم عتق فقضى صح على أحد القولين، بخلاف المحكم كما مر، وأنه لا بد من تراضيهما عليه، وأن التحكيم لا يصح في حد وقود ودية على العاقلة، وأن لكل منهما عزله قبل الحكم، وأنه لا يتعدى حكمه في الرد بالعيب إلى بائع البائع، وأنه لا يفتى بحكمه في فسخ اليمين المضافة ونحوها، وأنه لا يصح إخباره بحكمه بخلاف القاضي على ما سيأتي في آخر المتفرقات، وأنه لو خالف حكمه رأي القاضي أبطله، وأنه ليس له التفويض إلى غيره[1] وأن الوقف لا يلزم بحكمه، فهذه عشرة مسائل مذكورة في البحر. وبقي أنه لا يجوز تعليقه ولا إضافته عند أبي يوسف وأنه لا يتعدى حكمه إلى الغائب لو كان ما يدعي عليه سبباً لما يدعي على الحاضر، وأنه لا يجوز كتابه إلى القاضي كعكسه، وأنه لا يحكم بكتاب قاض إلا إذا رضي الخصمان، وأنه لا يتعدى حكمه من وارث إلى الباقي والميت، وأنه لا يتعدى حكمه على وكيل بعيب المبيع[2] إلى موكله، وأنه لا يصح حكمه على وصي صغير بما فيه ضرر على الصغير. وأنه لا يتقيد ببلد التحكيم بل له الحكم في البلاد كلها، وأنه لو اختلف الشاهدان فشهد أحدهما أنه وكل زيداً بالخصومة إلى قاضي الكوفة والآخر إلى قاضي البصرة تقبل، لا لو شهد

= يمضي حكمه لا أنه يحكم بالوقف ابتداء ونص البحر الصحيح أن حكمه بالوقف لا يرفع الخلاف كما في البزازية وفائدته أنه لو رفع إلى موافق يحكم ابتداء بلزومه لا أنه يمضيه اهـ فعبارة البزازية إنما تفيد أنه لا يرفع الخلاف وأما الحكم به ابتداء فغير مفاد وهو محتاج وإلا كان مخالفاً للمتون تأمل.

(1) قال الرافعي: قوله: (وأنه ليس له التفويض إلى غيره) فيه أن كلا من الحكم والقاضي لا يملك الاستخلاف بدون إذن وبه يملكانه كما يظهر فيهما تأمل.

(2) قال الرافعي: قوله: (وأنه لا يتعدى حكمه على وكيل بعيب المبيع إلخ) نقل هذه المسألة في البحر عن الفتح وعبارة الفتح ولو اختصر الوكيل بالبيع مع المشتري منه في العيب فحكم برده على الوكيل لم يلزم الموكل إذا كان العيب يحدث مثله رواية واحدة إلا أن يرضى الموكل بتحكيمه معهما وإن كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل الموكل معهما في التحكيم ففي لزومه للموكل روايتان اهـ وفي الهندية ولو أن رجلاً باع سلعة رجل بأمره فطعن المشتري بعيب فحكما بينهما حكماً برضا الآمر فردها الحكم على البائع بسبب ذلك العيب بإقرار البائع أو بنكوله أو ببينة قامت فإن كان الرد بالبينة أو بنكول الوكيل فله أن يرده على الموكل وإن كان الرد بإقراره بالعيب وذلك عيب لا يحدث مثله رده على الموكل أيضاً فإن كان يحدث مثله لم يرده على الموكل حتى يقيم البينة أن هذا العيب كان عند الموكل وإن كانت الحكومة بغير رضا الآمر لم يلزم الآمر من ذلك شيء إلا ببينة أو كان عيباً لا يحدث مثله ولو كان هذا الرجل اشترى عبداً لرجل بأمره فطعن المشتري بعيب به وحكما فيما بينهما رجلاً برضا الآمر ورد ببعض ما ذكرنا فكذلك الجواب وكان الرد جائزاً على الآمر كذا في المحيط اهـ.

فإذا أسلم احتاج لتحكيم جديد، بخلاف القاضي. ومنها لو ردّ الشهادة لتهمة فلغيره قبولها، وينبغي أن لا يلي الحبس ولم أره، وكذا لم أر حكم قبوله الهدية، وينبغي أن لا يجوز إن أهدي إليه وقت التحكيم.

أحدهما بذلك إلى الفقيه فلان والآخر إلى الفقيه فلان آخر، لأن الحكم متوسط[1]، وقد يكون أحد المحكمين أحذق من الآخر فلا يرضى الموكل بالآخر بخلاف ما لو كان المطلوب نفس القضاء فإنه لا يختلف كما في شرح أدب القضاء. فهذه تسع مذكورة في البحر أيضاً، وذكر فيه أربع مسائل أخر ذكرها الشارح بعد، فهذه ثلاث وعشرون مسألة، وزاد في البحر أخرى حيث قال: ثم اعلم أنهم قالوا: إن القضاء يتعدى إلى الكافة في أربع: الحرية، والنسب، والنكاح، والولاء. ولم يصرحوا بحكمها من المحكم، ويجب أن لا يتعدى، فتسمع دعوى الملك في المحكوم بعتقه من المحكم بخلاف القاضي اهـ.

قلت: ويزاد أيضاً أنه ينعزل بقيامه من المجلس[2] كما قدمناه عن الفتح، فهي أربعة وعشرون[3]. **قوله**: (**بخلاف القاضي**) فإن الفتوى على أنه لا ينعزل بالردة كما قدمناه، فإذا أسلم لا يحتاج إلى تولية جديدة. **قوله**: (**فلغيره قبولها**) بخلاف ما لو ردّ قاض شهادة للتهمة لا يقبلها قاض آخر، لأن القضاء بالرد نفذ على الكافة بحر عن المحيط. **قوله**: (**وينبغي أن لا يلي الحبس ولم أره**) كذا في بعض نسخ البحر، وفي بعضها قبل قوله: «ولم أره» ما نصه: وفي صدر الشريعة من باب التحكيم، **قال**: وفائدة إلزام الخصم أن المتبايعين إن حكما حكماً فالحكم يجبر المشتري على تسليم الثمن والبائع على تسليم المبيع ومن امتنع يحبسه اهـ. فهذا صريح في أن الحكم يحبس اهـ. **قوله**: (**وكذا إلخ**) هذا من البحر أيضاً حيث قال: وكذا لم أر حكم قبول الهدية وإجابة الدعوة، وينبغي أن يجوزا له لانتهاء التحكيم بالفراغ إلا أن يهدي إليه وقته من أحدهما فينبغي أن لا يجوز اهـ. وذكر الرحمتي أن الذي ينبغي الجواز، لأن من ارتاب فيه له عزله قبل الحكم، بخلاف القاضي اهـ. وفيه نظر، والله سبحانه أعلم.

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (لأن الحكم متوسط إلخ)** ما ذكره من الفرق محل تأمل فإن كلاً من الحكم والقاضي إنما يحكم بالشرع البينة على المدعي واليمين على المنكر.

(2) **قال الرافعي: قوله: (أنه ينعزل بقيامه من المجلس إلخ)** المراد أنه ينعزل بقيامه عنه بعد الحكم لا بقيامة قبله ففي الهندية: ولو سافر الحكم أو مرض أو أغمي ثم قدم من سفره أو برىء وحكم جاز ولو عمي الحكم ثم ذهب العمى وحكم لم يجز اهـ.

(3) **قال الرافعي: قوله: (فهي أربعة وعشرون)** حقه خمسة وعشرون.

٢ ـ بَابُ كِتَابِ القَاضِي إلَى القَاضِي وَغَيْرِهِ

أراد بغيره قوله: «والمرأة تقضي إلخ» (القاضي يكتب إلى القاضي في) كل حق، به يفتى استحساناً (غير حدّ وقود) للشبهة (فإن شهدوا على خصم حاضر حكم

بَابُ كِتَابِ القَاضِي إلَى القَاضِي وَغَيْرِهِ

هذا أيضاً من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق في الوجود إلا بقاضيين، فهو كالمركب بالنسبة لما قبله. فتح. وهذا أولى من قول الزيلعي: إنه ليس من كتاب القضاء، لأنه إما نقل شهادة أو نقل حكم. نعم هو من عمل القضاء فكان ذكره فيه أنسب اهـ. وحيث كان من عملهم فكيف ينفيه. بحر. وأجاب في النهر: بأن المنفي كونه قضاء والمثبت كونه من أحكامه. **قوله: (وغيره)** عطف على كتاب ط. **قوله: (إلى القاضي)** أي: البعيد بمسافة يأتي بيانها، وأفاد أن قاضي مصر يكتب إلى مثله وإلى قاضي الرستاق، بخلاف العكس، وفيه خلاف يأتي. قال في الفتح: ولو كتب القاضي إلى الأمير الذي ولاه أصلح الله الأمير ثم قص القصة وهو معه في المصر فجاء به ثقة يعرفه الأمير، ففي القياس لا يقبل لأن إيجاب العمل بالبينة، ولأنه لم يذكر اسمه واسم أبيه. وفيه الاستحسان: يقبل لأنه متعارف، ولا يليق بالقاضي أن يأتي في كل حادثة إلى الأمير ليخبره، ولو أرسل رسولاً ثقة كان كالمرسل في جواز العمل به، فكذا إذا أرسل كتابه ولم يجر الرسم في مثله[1] من مصر إلى مصر، فشرطنا هناك كتاب القاضي إلى القاضي اهـ: أي: شرطنا ذلك فيما إذا كان الأمير في مصر آخر، وقد أسقط في البحر والنهر من عبارة الفتح قوله: ولم يجر الرسم في مثله من مصر إلى مصر، فاختل نظام الكلام فافهم. **قوله: (كل حق)** من نكاح وطلاق وقتل موجبه مال وأعيان ولو منقولة وهو المرويّ عن محمد وعليه المتأخرون، وبه يفتى للضرورة، وفي ظاهر الرواية لا يجوز في المنقول للحاجة إلى الإشارة إليه عند الدعوى والشهادة، وعن الثاني تجويزه في العبد لغلبة الإباق فيه لا في الأمة، وعنه تجويزه في الكل. قال الإسبيجابي: وعليه الفتوى. بحر. **قوله: (استحساناً)** والقياس أنه لا يجوز لأن كتابته لا تكون أقوى من عبارته، وهو لو أخبر القاضي في محله لم يعمل بإخباره فكتابه أولى، وإنما جوّزناه لأثر علي رضي الله تعالى عنه وللحاجة. بحر. **قوله: (فإن شهدوا على خصم حاضر إلخ)** قال في النهاية: المراد بالخصم هو الوكيل عن الغائب أو المسخر الذي جعله: أي: القاضي وكيلاً لإثبات الحق، ولو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه لما احتيج إلى قاض آخر، لأن حكم القاضي قد تم على الأول.

أقول: لا يخفى ما فيه من التكلف، والأحسن أن يقال: «إن قوله فإن شهدوا على خصم»

---

(1) قال الرافعي: قوله: (فكذا إذا أرسل كتابه ولم يجر الرسم في مثله إلخ) والآن جرى الرسم بكتابة القاضي إلى الأمير من مصر إلى مصر فينبغي أن يقبل كما لو اتحد المصر.

بالشهادة وكتب بحكمه) ليحفظ (و) كتاب الحكم (هو السجل الحكمي) أي: الحجة التي فيها حكم القاضي هذا في عرفهم وفي عرفنا كتاب كبير تضبط فيه وقائع الناس (وإن لم يكن الخصم حاضراً لم يحكم) لأنه حكم على الغائب (وكتب الشهادة) إلى قاض يكون الخصم في ولايته (ليحكم) القاضي (المكتوب إليه بها على رأيه وإن كان مخالفاً لرأي الكاتب) لأنه ابتداء حكم وهو نقل الشهادة حقيقة ويسمى (الكتاب الحكمي) وليس بسجل (وقرأ) الكتاب (عليهم) ....

ليس بمقصود بالذات في هذا الباب بل توطئة لقوله: «وإن شهدوا بغير خصم لم يحكم فيه» ونظائره كثيرة، كذا في الدرر.

قلت: وحاصله: أنه ليس المراد في هذه المسألة من كتاب القاضي حكمه إلى قاض آخر حتى يراد بالخصم فيها الوكيل أو المسخر، بل المراد أن الشهادة عند القاضي تارة تكون على خصم حاضر، فيحكم بها عليه، ويكتب بحكمه كتاباً ليحفظ الواقعة لا ليبعثه إلى قاض آخر لأن الحكم قد تم، وتارة تكون على خصم غائب وهي الآتية، فهذه ذكرت توطئة لتلك، وإلى هذا أشار الشارح بقوله: «ليحفظ» أي: ليحفظ الواقعة. وذكر في النهر عن الزيلعي أنه إذا قدر أن الخصم غاب بعد الحكم عليه وجحد الحكم فحينئذ يكتب له ليسلم إليه حقه أو لينفذ حكمه اهـ.

وحاصله: أنه قد يحتاج في المسألة الأولى إلى أن يبعث بكتاب حكمه على الخصم الحاضر إلى قاض آخر فيكون ذكرها مقصوداً في هذا الباب. وأفاد القهستاني أن الكتاب يكون إلى القاضي، ولو كان الخصم حاضراً وذلك لإمضاء قاض آخر، كما إذا ادعى على آخر ألفاً وبرهن وحكم به ثم اصطلحا أن يأخذه منه في بلد آخر وخاف أن ينكر فكتب به لإمضاء قاضي البلد.
قوله: (هو السجل) بكسر السين والجيم وتشديد اللام والضمتان مع التشديد والفتح مع سكون الجيم والكسر لغات. قهستاني عن الكشاف. قوله: (التي فيها حكم القاضي) بيان للنسبة في قوله: «الحكمي» وشمل ما إذا كان إلى قاض آخر أو لا. قوله: (وكتب الشهادة) أي: بعد ما سمعها وعدلت. نهر قوله: (وإن كان مخالفاً لرأي الكاتب إلخ) أي: بخلاف السجل، فإنه ليس له أن يخالفه وينقض حكمه، لأن السجل محكوم به دون الكتاب، ولهذا له أن لا يقبل الكتاب دون السجل كما في البحر عن منية المفتي. وقوله في النهر: ولم أجده فيها، مبني على ما في نسخته وإلا فقد وجدته في نسختي. وفي الفتح: والكتاب الحكمي لا يلزم العمل إذا كان يخالفه لأنه لم يقع حكم في محل اجتهاد فله أن لا يقبله ولا يعمل به. قوله: (ويسمى الكتاب الحكمي) هذا في عرفهم نسبوه إلى الحكم باعتبار ما يؤول. فتح. قوله: (وليس بسجل) لأن السجل محكوم به، بخلاف الكتاب الحكمي. قوله: (وقرأ الكتاب عليهم) أي: على شهود الطريق، ولو فسر الضمير هنا وتركه في قوله: «وختم عندهم» ليعود على معلوم لكان أولى ط. ....

أو أعلمهم بما فيه (وختم عندهم) أي: عند شهود الطريق (وسلم الكتاب إليهم بعد كتابة عنوانه في باطنه) وهو أن يكتب فيه اسمه واسم المكتوب إليه وشهرتهما (فلو

قوله: (أو أعلمهم بما فيه) أي: بأخباره لأنه لا شهادة بلا علم المشهود به، كما لو شهدوا بأن هذا الصك مكتوب على فلان لا يفيد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين. فتح.

قال في البحر: ولا بد لهم من حفظ ما فيه، ولهذا قيل: ينبغي أن يكون معهم نسخة أخرى مفتوحة، فيستعينوا منها على الحفظ، فإنه لا بد من التذكر من وقت الشهادة إلى وقت الأداء عندهما. قوله: (وختم عندهم) أي: على الكتاب بعد طيه، ولا اعتبار للختم في أسفله، فلو انكسر خاتم القاضي أو كان الكتاب منشوراً لم يقبل، وإن ختم في أسفله كما في الذخيرة، وإنما قال: «عندهم» لأنه لا بد أن يشهدوا عنده أن الختم بحضرتهم كما في المغني، واشتراط الختم ليس بشرط إلا إذا كان الكتاب في المدعي، وبه يفتى كما ذكره المصنف. قهستاني. قوله: (وسلم الكتاب إليهم) أي: في مجلس يصح حكمه فيه، فلو سلم في غير ذلك المجلس لم يصح كما في الكرماني. قهستاني. قال في النهاية: وعمل القضاة اليوم أنهم يسلمون المكتوب إلى المدعي، وهو قول أبي يوسف وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة، وعلى قول أبي حنيفة: يسلم المكتوب إلى الشهود، كذا وجدت بخط شيخي اهـ. ثم قال: وأجمعوا في الصك أن الإشهاد لا يصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب، فاحفظ هذه المسألة فإن الناس اعتادوا بخلاف ذلك اهـ سعدية. لكن ينافي دعوى الإجماع ما سيأتي[1] عن أبي يوسف وقدم المصنف في باب الاستحقاق: لا يحكم بسجل الاستحقاق بشهادة أنه كتاب كذابل لا بد من الشهادة على مضمونه، وكذا ما سوى نقل الشهادة والوكالة اهـ. ومثله في الغرر، فهذا صريح في أن كتاب نقل الشهادة والوكالة لا يحتاج للشهادة على مضمونه، ومقتضاه أنه لا حاجة لقراءته على الشهود أيضاً، والظاهر أنه مبني على قول أبي يوسف الآتي. تأمل. قوله: (وشهرتهما) أفاد أن الاسم وحده لا يكفي بلا شهرة بكنية ونحوها. قال في الفتح: ولو كان العنوان من فلان إلى فلان أو من أبي فلان إلى أبي فلان لا يقبل، لأن مجرد الاسم أو الكنية لا يتعرف به، إلا أن تكون الكنية مشهورة مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى، وكذلك النسبة إلى أبيه فقط كعمر بن الخطاب وعليّ بن أبي طالب، وقيل هذا رواية، وفي سائر الروايات: لا تقبل الكنية المشهورة لأن الناس يشتركون فيها ويشتهر بها بعضهم فلا يعلم أن المكتوب إليه هو المشهور بها أو غيره، بخلاف ما لو كتب إلى قاضي بلدة كذا فإنه في الغالب يكون واحداً فيحصل التعريف بالإضافة إلى محل ولايته اهـ ملخصاً.

قال في النهر: ويكتب فيه اسم المدعي والمدعى عليه وجدهما، ويذكر الحق والشهود إن شاء، وإن شاء اكتفى بذكر شهادتهم، ومن الشروط أن يكتب فيه التاريخ، فلو لم يكتبه لَا يُقبَل

---

(1) قال الرافعي: قوله: (لكن ينافي دعوى الإجماع ما سيأتي إلخ) بحمل الصك على المتبادر من وثيقة القرض ونحوه تندفع المنافاة تأمل.

كان) العنوان (على ظاهره لم يقبل) قيل هذا في عرفهم، وفي عرفنا يكون على الظاهر فيعمل به، واكتفى الثاني بأن يشهدهم أنه كتابه، وعليه الفتوى كما في العزمية عن الكفاية. وفي الملتقى: وليس الخبر كالعيان (فإذا وصل إلى المكتوب إليه نظر إلى ختمه) أولاً (ولا يقبله) أي: لا يقرؤه (إلا بحضور الخصم وشهوده) ولا بد من إسلام شهوده ولو كان لذمي على ذمي لشهادتهم على فعل المسلم (إلا إذا أقر الخصم فلا حاجة إليهم) أي: الشهود (بخلاف كتاب الأمان) في دار الحرب (حيث لا يحتاج إلى بينة) لأنه ليس بملزم[1] ....

اهـ: أي: ليعلم أنه كان قاضياً حال الكتابة كما في الفتح. قوله: (واكتفى الثاني إلخ) الذي في العزمية عن الكفاية هو عبارة النهاية التي ذكرناها آنفاً، وعبارة الملتقى هكذا، وأبو يوسف لم يشترط شيئاً من ذلك سوى شهادتهم أنه كتابه لما ابتلي بالقضاء، واختار السرخسي قوله: «وليس الخبر كالعيان» اهـ: أي: أن أبا يوسف باشر القضاء مدة مديدة فاختار ذلك لما عاين المشقة في الشروط المارة، فلذا اختار السرخسي قوله: وظاهره أن الختم ليس بشرط عنده، وظاهر الفتح أنه رواية عنه، قال: ولا شك عندي في صحته، فإن الغرض عدالة حملة الكتاب فلا يضر عدم ختمه مع شهادتهم أنه كتابه. نعم إذا كان الكتاب مع المدعي ينبغي اشتراط الختم لاحتمال التغيير إلا أن يشهدوا بما فيه حفظاً. قوله: (أي لا يقرؤه) أشار إلى ما في البحر عن الفتح من أن المراد من عدم قبوله بلا خصم عدم قراءته لا مجرد قبوله، لأنه لا يتعلق به حكم اهـ. قوله: (إلا بحضور الخصم وشهوده) أي: شهود أنه كتب فلان القاضي وأنه ختمه. نهر. وزاد بعد هذا في الكنز: فإن شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه. قال في البحر: يعني إذا ثبتت عدالتهم بأن كان يعرفهم بها أو وجد في الكتاب عدالتهم أو سأل من يعرفهم من الثقات فزكوا، وأما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به ولا يلزم الخصم. ثم ذكر قول أبي يوسف المار. قوله: (لشهادتهم على فعل المسلم) وهو أنه كتب الكتاب وختمه وقرأه عليهم وسلمه إليهم. قوله: (إلا إذا أقر الخصم) أي: بأنه كتاب فلان القاضي. قوله: (بخلاف كتاب الأمان) معناه: إذ جاء الكتاب من ملكهم بطلب الأمان. بحر عن العناية. قوله: (لأنه ليس بملزم) لأن له أن لا يعطيهم الأمان، بخلاف كتاب القاضي، فإنه يجب على القاضي المكتوب إليه أن ينظر فيه ويعمل به، ولا بد للملزم من الحجة وهي البينة. فتح.

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (لأنه ليس بملزم) هو وإن كان غير ملزم إلا أنه يثبت الأمان لحامله. فإن الرسول يحتاج إلى أمان خاص كما في السندي عن البحر والظاهر أن العلة في عدم اشتراط البينة على أنه كتاب ملك أهل الحرب هو التعذر غالباً وانظر ما يأتي أول كتاب الشهادة.

وفي الأشباه: لا يعمل بالخط إلا في مسألة كتاب الأمان ويلحق به البراءات ...

فرع: لو مرض شهود الكتاب في الطريق أو الرجوع إلى بلدهم أو السفر إلى بلدة أخرى فأشهدوا قوماً على شهادتهم جاز، وتمامه في الخانية.

مَطْلَبٌ: لاَ يُعْمَلُ بِالخَطِّ

قوله: (لا يعمل بالخط) عبارة الأشباه: لا يعتمد على الخط، ولا يعمل بمكتوب الوقف الذي عليه خطوط القضاة الماضين إلخ. قال البيري: المراد من قوله: لا يعتمد: أي: لا يقضي القاضي بذلك عند المنازعة، لأن الخط مما يزوّر ويفتعل كما في مختصر الظهيرية، وليس منه ما في دواوين القضاة إلى آخر ما قدمناه أول القضاء عند قوله: «فإذا تقلد طلب ديوان قاض قبله» فراجعه. قوله: (ويلحق به البراءات) عبارة الأشباه: ويمكن إلحاق البراءات السلطانية المتعلقة بالوظائف إن كانت العلة أنه يعني كتاب الأمان لا يزور، وإن كانت العلة الاحتياط في الأمان لحقن الدم فلا.

أقول: يجب المصير إلى الأخير. سائحاني: أي: لإمكان التزوير، بل قد وقع كما ذكره الحموي، وحينئذ فلا يصح الإلحاق، ولكن قد علمت أن العلة في كتاب الأمان أنه غير ملزم، وقدمنا أول القضاء استظهار كون علة العمل بما له رسوم في دواوين القضاة الماضين هي الضرورة وهنا كذلك، فإنه يتعذر إقامة البينة على ما يكتبه السلطان من البراءات لأصحاب الوظائف ونحوهم، وكذا منشور القاضي والوالي وعامة الأوامر السلطانية مع جريان العرف والعادة بقبول ذلك بمجرد كتابته، وإمكان تزويرها على السلطان لا يدفع ذلك، لأنه وإن وقع فهو أمر نادر قلما يقع، وهو أندر من إمكان تزوير الشهود، وهو أولى بالقبول من دفتر الصراف ونحوه فإنهم علموا به للعرف كما يأتي.

مَطْلَبٌ: فِي العَمَلِ بِمَا فِي الدَّفَاتِرِ السُّلْطَانِيَّةِ

وذكر العلامة البعلي في شرحه على الأشباه أن للشارح العلامة الشيخ علاء الدين رسالة حاصلها بعد نقله ما في الأشباه: وأن ابن الشحنة وابن وهبان جزما بالعمل بدفتر الصراف ونحوه لعلة أمن التزوير، كما جزم به البزازي والسرخسي وقاضيخان. قال: إن هذه العلة في الدفاتر السلطانية أولى، كما يعرفه من شاهد أحوال أهاليها حين نقلها، إذ لا تحرر أولاً إلا بإذن السلطان، ثم بعد اتفاق الجم الغفير على نقل ما فيها من غير تساهل بزيادة أو نقصان تعرض على المعين لذلك فيضع خطه عليها، ثم تعرض على المتولي لحفظها المسمى بدفتر أميني فيكتب عليها، ثم تعاد أصولها إلى أمكنتها المحفوظة بالختم، فالأمن من التزوير مقطوع به، وبذلك كله يعلم جميع أهل الدولة والكتبة، فلو وجد في الدفاتر أن المكان الفلاني وقف على المدرسة الفلانية مثلاً يعمل به من غير بينة، وبذلك يفتي مشايخ الإسلام كما هو مصرّح به في بهجة عبد الله أفندي وغيرها، فليحفظ اهـ.

ودفتر بياع وصرّاف وسمسار، ....

قلت: ويؤيده العمل بما في دواوين القضاة الماضين، وكأن مشايخ الإسلام المولين في الدولة العثمانية أفتوا بما ذكر إلحاقاً للدفاتر السلطانية بدواوين القضاة المذكورة لاتحاد العلة فيهما، والله سبحانه أعلم، لكن قدمنا في الوقف عن الخيرية أنه لا يثبت الوقف بمجرد وجوده في الدفتر السلطاني.

مَطْلَبٌ : فِي دَفْتَرِ الْبَيَّاعِ وَالصَّرَّافِ وَالسِّمْسَارِ

قوله: (ودفتر بياع وصراف وسمسار) عطف على كتاب الأمان، فإن هذا منصوص عليه لا ملحق به، فقد قال في الفتح من الشهادات: إن خط السمسار والصراف حجة للعرف الجاري به اهـ. قال البيري: هذا الذي في غالب الكتب حتى المجتبى فقال في الإقرار: وأما خط البياع والصراف والسمسار فهو حجة، وإن لم يكن مصدراً معنوناً يعرف ظاهراً بين الناس، وكذلك ما يكتب الناس فيما بينهم يجب أن يكون حجة للعرف اهـ. وفي خزانة الأكمل: صراف كتب على نفسه بمال معلوم وخطه معلوم بين التجار وأهل البلد ثم مات فجاء غريم يطلب المال من الورثة وعرض خط الميت بحيث عرف الناس خطه يحكم بذلك في تركته إن ثبت أنه خطه، وقد جرت العادة بين الناس بمثله حجة اهـ. قال العلامة العيني: والبناء على العادة الظاهرة واجب، فعلى هذا إذا قال البياع: وجدت في يادكاري بخطي أو كتبت في يادكاري بيدي أن لفلان عليّ ألف درهم كان هذا إقراراً ملزماً إياه.

أقول: ويزاد أن العمل في الحقيقة إنما هو لموجب العرف لا بمجرد الخط والله أعلم، وبهذا عرف أن قولهم فيما إذا ادعى رجل مالاً وأخرج بالمال خطا وادّعى أنه خط المدعى عليه فأنكر كون الخط خطه فاستكتب فكتب وكان بين الخطين مشابهة ظاهرة تدل على أنهما خط كاتب واحد: اختلف فيه المشايخ، والصحيح أنه لا يقضي بذلك، فإنه لو قال: هذا خطي وليس عليّ هذا المال كان القول قوله، يستثنى منه ما إذا كان الكاتب سمساراً أو صرافاً أو نحو ذلك ممن يؤخذ بخطه، كذا في قاضيخان اهـ كلام البيري.

قلت: ويستثنى منه أيضاً ما قدمناه أول الباب من كتابة القاضي إلى الأمير الذي ولاّه، وكذا ما سيذكره الشارح عن شرح الوهبانية والملتقط، وهو ما إذا كان على وجه الرسالة مصدّراً معنوناً اهـ. وهو أن يكتب في صدره من فلان إلى فلان على ما جرت به العادة، فهذا كالنطق فلزم حجة كما في الملتقى والزيلعي من مسائل شتى آخر الكتاب، ومثله في الهداية والخانية، وهذا إذا اعترف أن الخط خطه فإنه يلزمه ما فيه وإن أنكر أن يكون في ذمته ذلك المال، بخلاف ما إذا لم يكن مصدّراً معنوناً كما هو صريح الخانية، وهذا ذكروه في الأخرس. وذكر في الكفاية آخر الكتاب عن الشافي أن الصحيح مثل الأخرس، فإذا كان مستبيناً مرسوماً وثبت ذلك بإقراره أو ببينة فهو كالخطاب اهـ.

ومقتضى كلامهم: اختصاص ذلك بكونه على وجه الرسالة إلى الغائب، وهو أيضاً مفاد

....

كلام الفتح في الشهادات فراجعه، لكن في شهادات البحر عن البزازية ما يدل على أنه لا فرق في المعنون بين كونه لغائب أو لحاضر، ومثله ما في فتاوى قارىء الهداية: إذا كتب على وجه الصكوك يلزمه المال، وهو أن يكتب يقول: فلان الفلاني إن في ذمتي لفلان الفلاني كذا وكذا فهو إقرار يلزم، وإن لم يكتب على هذا الرسم فالقول قوله مع يمينه اهـ.

قلت: والعادة اليوم في تصديرها بالعنوان أنه يقال فيها سبب تحريره، وهو أنه ترتب في ذمة فلان الفلاني إلخ، وكذا الوصول الذي يقال فيه وصل إلينا من يد فلان الفلاني كذا، ومثله ما يكتبه الرجل في دفتره مثل قوله: علم بيان الذي في ذمتنا لفلان الفلاني. فهذا كله مصدر معنون جرت العادة بتصديره بذلك، وهو مفاد كلام قارىء الهداية المذكور، فمقتضاه: أن هذا كله إذا اعترف بأنه خطه يلزمه، وإن لم يكن مصدراً معنوناً لا يلزمه إذا أنكر المال، وإن اعترف بكونه كتبه بخطه، إلا إذا كان بياعاً أو صرافاً أو سمساراً لما في الخانية، وصكّ الصراف والسمسار حجة عرفاً اهـ. فشمل ما إذا لم يكن مصدراً معنوناً، وهو صريح ما مر عن المجتبى، وما إذا لم يعترف بأنه خطه كما هو صريح ما مر عن الخزانة.

ثم إن قول المجتبى: وكذا ما يكتب الناس فيما بينهم إلخ، يفيد عدم الاقتصار على الصراف والسمسار والبياع، بل مثله كل ما جرت العادة به فيدخل فيه ما يكتبه الأمراء والأكابر ونحوهم ممن يتعذر الإشهاد عليهم، فإذا كتب وصولاً أو صكاً بدين عليه وختمه بخاتمه المعروف، فإنه في العادة يكون حجة عليه بحيث لا يمكنه إنكاره، ولو أنكره يعدّ بين الناس مكابراً، فإذا اعترف بكونه خطه وختمه، وكان مصدّراً معنوناً فينبغي القول بأنه يلزمه، وإن لم يعترف به أو وجد بعد موته فمقتضى ما في المجتبى أنه يلزمه أيضاً عملاً بالعرف كدفتر الصراف ونحوه، ومثله ما إذا وجد في صندوقه مثلاً صرّة دراهم مكتوب عليها هذه أمانة فلان الفلاني، فإن العادة تشهد بأنه لا يكتب بخطه ذلك على دراهمه.

ثم اعلم أن هذا كله فيما يكتبه على نفسه كما قيده بعض المتأخرين، وهو ظاهر بخلاف ما يكتبه لنفسه، فإنه لو ادعاه بلسانه صريحاً لا يؤخذ خصمه به، فكيف إذا كتبه؟ ولذا قيده في الخزانة بقوله: كتب على نفسه كما مر. وذكر في شرح الوهبانية: أئمة بلخ قالوا: يا دكار البياع حجة لازمة عليه، فإن قال البياع: وجدت بخطي أن عليّ لفلان كذا لزم. قال السرخسي: وكذا خط السمسار والصراف اهـ. فقوله: إن عليّ لفلان إلخ صرح في ذلك. وأما قول ابن وهبان في تعليل المسألة لأنه لا يكتب إلا ما له وعليه، فمراده أن البياع ونحوه لا يكتب في دفتره شيئاً على سبيل التجربة للخط أو اللهو واللعب، بل لا يكتب إلا ما له أو عليه، ولا يلزم من هذا أن يعمل بكتابته في الذي له كما لا يخفى، خلافاً لمن فهم منه ذلك، ويجب تقييده أيضاً بما إذا كان دفتره محفوظاً عنده. فلو كانت كتابته فيما عليه في دفتر خصمه فالظاهر أنه لا يعمل به خلافاً لما بحثه

وجوّزه محمد لراو وقاض وشاهد إن تيقن به، قيل: وبه يفتى **(ولا بد من مسافة ثلاثة أيام بين القاضيين كالشهادة على الشهادة)** على الظاهر، وجوزهما الثاني إن بحيث لا يعود في يومه، وعليه الفتوى. شرنبلالية وسراجية **(ويبطل)** الكتاب **(بموت الكاتب**

ط[1]، لأن الخط مما يزوّر؛ وكذا لو كان له كاتب والدفتر عند الكاتب، لاحتمال كون الكاتب كتب ذلك عليه بلا علمه، فلا يكون حجة عليه إذا أنكره أو ظهر ذلك بعد موته وأنكرته الورثة، خلافاً لمن حكم في عصرنا بذلك لذمي ادعى على ورثة تاجر له كاتب ذمي ودفتر التاجر عند كاتبه الذمي فقد كنت أفتيت بأنه حكم باطلٌ، وكون المدعي والكاتب ذميين يقوّي شبهة التزوير، وإن الكتابة حصلت بعد موت التاجر، وتمام الكلام في كتابنا [تنقيح الحامدية]. **قوله: (إن تيقن به)** أي: بأنه خط من يروي عنه في الأول[2]، وبأنه خط نفسه في الأخيرين اهـ ح. **قوله: (قيل وبه يفتى)** قال في خزانة الأكمل: أجاز أبو يوسف ومحمد العمل بالخط في الشاهد والقاضي والراوي إذا رأى خطه ولم يتذكر الحادثة: قال في العيون: والفتوى على قولهما إذا تيقن أنه خطه، سواء كان في القضاء أو الرواية أو الشهادة على الصك، وإن لم يكن الصك في يد الشاهد، لأن الغلط نادر، وأثر التغيير يمكن الاطلاع عليه، وقلما يشتبه الخط من كل وجه، فإذا تيقن جاز الاعتماد عليه توسعة على الناس اهـ حموي. لكن سيذكر الشارح في الشهادات قبيل باب القبول ما نصه: وجوزّاه لو في حوزه، وبه نأخذ. بحر عن المبتغى اهـ. وهذا ما اختاره المحقق ابن الهمام هناك، وسيأتي تمامه إن شاء الله تعالى. **قوله: (ولا بد من مسافة إلخ)** فلو أقل لا يقبل. وفي نوادر هشام: إذا كان في مصر واحد قاضيان جاز كتابة أحدهما إلى الآخر في الأحكام. جوهرة عن الينابيع، وكذا كتابة القاضي إلى الأمير الذي ولاه وهو معه في المصر كما مر أول الباب. **قوله: (على الظاهر إلخ)** قال في المنح: هذا هو ظاهر الرواية[3]، وجوزّها محمد وإن كانا في مصر واحد. وعن أبي يوسف: إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الإشهاد والكتابة. وفي السراجية: وعليه الفتوى اهـ. **قوله: (ويبطل الكتاب إلخ)** هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به، وهو أن يكون القاضي الكاتب على قضائه. نهر: أي: لأنه بمنزلة الشهادة[4]، فبموت الأصل قبل أداء الفروع الشهادة تبطل شهادة الفروع، فكذا هذا. ط عن

---

(1) قال الرافعي: قوله: (فالظاهر أنه لا يعمل به خلافاً لما بحثه ط) ما سبق له دال على ما قاله ط.

(2) قال الرافعي: قوله: (أي بأنه خط من يروي عنه في الأول إلخ) أو أنه خطه إذ لا فرق وسيأتي عن الخزانة.

(3) قال الرافعي: قوله: (قال في المنح هذا هو ظاهر الرواية إلخ) ما نقله عن المنح يفيد أن الجواز رواية عن أبي يوسف لا مذهبه ومثله في البحر وظاهر ما في الشارح يفيد أنه مذهبه.

(4) قال الرافعي: قوله: (لأنه بمنزلة الشهادة إلخ) هذا التعليل مبني على ما يأتي عن الخانية أن شهادة الفروع تبطل بموت الأصل لا على ما في المتون من عدم البطلان بل الموت من الأعذار لتحمل =

وعزله قبل وصول الكتاب إلى الثاني أو بعد وصوله قبل القراءة) وأجازه الثاني (وأما بعدهما فلا) يبطل (و) يبطل (بجنون الكاتب وردته وحده لقذف وعمائه وفسقه بعد عدالته) لخروجه عن الأهلية، وأجازه الثاني (و) كذا **(بموت المكتوب إليه)** وخروجه عن الأهلية **(إلا إذا عمم بعد تخصيص)** اسم المكتوب إليه **(بخلاف ما لو عمم ابتداء)** وجوّزه الثاني (و) عليه العمل. خلاصة ....

العيني. قوله: (قبل وصول الكتاب إلخ) لو اقتصر على قوله: «قبل القراءة» لأغناه، ولذا قال في الفتح: العبارة الجيدة أن يقال: لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله، لأن وصوله قبل ثبوته عند المكتوب إليه وقراءته لا يوجب شيئاً اهـ. قوله: (فلا يبطل) أي: في ظاهر الرواية. بحر. قوله: (ويبطل بجنون الكاتب إلخ) في الخانية: وإن عزل القاضي الكاتب أو مات بعدما وصل الكتاب إلى الآخر فإنه يعمل به، لأن الموت والعزل ليس بمخرج[1]، بخلاف ما إذا فسق الكاتب أو عمي أو صار بحال لا يجوز حكمه وشهادته فإن الآخر لا يقبل كتابه، لأن كتاب القاضي بمنزلة الشهادة فما يمنع القضاء بشهادته يمنع القضاء بكتابه[2] اهـ. وظاهره أنه يبطل بذلك ولو بعد وصوله، مع أن الزيلعي صرح بأن ذلك كعزله. ثم رأيت في البحر ذكر أن بين كلاميهما مخالفة، ولم يجب عنها. تأمل. ورأيت في البزازية مثل ما في الخانية، وفي الدرر مثل ما هنا، فالظاهر أن في المسألة قولين[3]. قوله: (وعمائه) الأنسب «وعماه» بدون همز، لأن العمى مقصور. قوله: (وفسقه) عبر عنه في النهر بقيل وقال: إنه بناء على عزله بالفسق، ومثله في الفتح. قوله: (وكذا بموت المكتوب إليه) لأن الكاتب لما خصه فقد اعتمد عدالته وأمانته والقضاة متفاوتون في ذلك فصح التعيين. نهر. قوله: (إلا إذا عمم إلخ) بأن قال: إلى فلان قاضي بلد كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، لأن غيره صار تبعاً له. فتح. قوله: (بخلاف ما لو عمم ابتداء) بأن قال: إلى كل من يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم. قوله: (وجوزه الثاني) وكذا الشافعي وأحمد، فتح. قوله: (وعليه العمل) قال الزيلعي: واستحسنه كثير من المشايخ وفي

= الشهادة وقبولها.

(1) قال الرافعي: قوله: (لأن الموت والعزل ليس بمخرج) عبارة الخانية ليس بجرح.

(2) قال الرافعي: قوله: (فما يمنع القضاء بشهادته يمنع القضاء بكتابه) تمام ما فيها أي: الخانية، وعند أبي حنيفة ومحمد: إذا عمي الشاهد بعد أداء الشهادة قبل الحكم تبطل شهادته فيبطل كتابه، وعند أبي يوسف العمى كالموت لا يبطل الشهادة.

(3) قال الرافعي: قوله: (فالظاهر أن في المسألة قولين) لكن يحتاج للفرق بين الموت والعزل وبين غيرهما على ما في «الخانية» لا على ما في الزيلعي، وقد علمت من تصحيح عبارة «الخانية» أن الفرق هو أن الموت والعزل ليسا بجرح، بخلاف الفسق والعمى، فإنهما مبطلان للشهادة فيبطلان كتاب القاضي.

(لا) يبطل (بموت الخصم) أياً كان لقيام وارثه أو وصيه مقامه.

قلت: وكذا لا يبطل بموت شاهد الأصل كما سيأتي متناً في بابه. خلافاً لما وقع في الخانية هنا، فهو مخالف لما ذكره بنفسه ثمة، فتنبه.

(و) اعلم أن (الكتابة بعلمه كالقضاء بعلمه) في الأصح. بحر. فمن جوّزه جوّزها ومن لا فلا، إلا أن المعتمد عدم حكمه بعلمه في زماننا. أشباه. وفيها الإمام يقضي بعلمه في حدّ قذف وقود وتعزير.

الفتح، وهو الأوجه لأن إعلام المكتوب إليه وإن كان شرطاً فبالعموم يعلم كما يعلم بالخصوص، وليس العموم من قبيل الإجمال والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء. نهر.
قوله: (أياً كان) أي: مدعياً أو مدعى عليه. قوله: (في بابه) أي: في باب الشهادة على الشهادة ح. قوله: (خلافاً لما وقع في الخانية هنا) أي: في هذا الباب حيث قال: لو مات القاضي الكاتب أو عزل قبل وصول الكتاب بطل كتابه، كشاهد الأصل إذا مات قبل أن يشهد الفرع على شهادة الأصل اهـ. قوله: (ثمة) أي: هناك: أي: في باب الشهادة على الشهادة حيث قال: الشهادة على الشهادة لا تجوز إلا أن يكون المشهود على شهادته مريضاً في المصر أو يكون ميتاً إلخ، وهذا هو الموافق للمتون.

مَطْلَبٌ : فِي قَضَاءِ القَاضِي بِعِلْمِهِ

قوله: (فمن جوّزه جوّزها) وشرط جوازه عند الإمام أن يعلم في حال قضائه في المصر الذي هو قاضيه بحق غير حدّ خالص لله تعالى من قرض أو بيع أو غصب أو تطليق أو قتل عمد أو حد قذف، فلو علم قبل القضاء في حقوق العباد ثم ولي فرفعت إليه تلك الحادثة أو علمها في حال قضائه في غير مصره ثم دخله فرفعت لا يقضي عنده، وقالا: يقضي، وكذا الخلاف لو علم بها وهو قاضٍ في مصره ثم عزل ثم أعيد. وأما في حد الشرب والزنى فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقاً. فتح ملخصاً. وبه علم أنه في الحدود الخالصة لله تعالى لا ينفذ كما صرح به في شرح أدب القضاء معللاً بأن كل واحد من المسلمين يساوي القاضي فيه وغير القاضي إذا علم لا يمكنه إقامة الحد، فكذا هو، ثم قال: إلا في السكران أو من به أمارة السكر ينبغي له أن يعزّره للتهمة ولا يكون حداً اهـ. قوله: (ومن لا فلا) قال في الفتح: إلا أن التفاوت هنا هو أن القاضي يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالإجماع. قوله: (إلا أن المعتمد) أي: عند المتأخرين لفساد قضاة الزمان، وعبارة الأشباه: الفتوى اليوم على عدم العمل بعلم القاضي في زماننا كما في جامع الفصولين. قوله: (وفيها) أي: في الأشباه نقلاً عن السراجية، لكن في منية المفتي الملخصة من السراجية:

قلت: فهل الإمام قيد كما قدمناه في الحدود؟ لم أره، لكن في شرح الوهبانية للشرنبلالي والمختار الآن عدم حكمه بعلمه مطلقاً كما لا يقضي بعلمه في الحدود الخالصة للّه تعالى كزنىً وخمر مطلقاً، غير أنه يعزّر من به أثر السكر للتهمة. وعن الإمام: إن علم القاضي في طلاق وعتاق وغصب يثبت الحيلولة على وجه الحسبة لا

التعبير بالقاضي[1] لا بالإمام حيث قال: القاضي يقضي بعلمه بحد القذف والقصاص والتعزير، ثم قال: قضى بعلمه في الحدود الخالصة للّه تعالى لا يجوز اهـ. أفاده بعض المحشين، وهذا موافق لما مر عن الفتح من الفرق بين الحد الخالص للّه تعالى وبين غيره، ففي الأول لا يقضي اتفاقاً، بخلاف غيره فيجوز القضاء فيه بعلمه، وهذا على قول المتقدمين، وهو خلاف المفتى به كما علمت.

تنبيه: ذكر في النهر في الكفالة بحثاً أنه يجب أن يحمل الخلاف بين المتقدمين والمتأخرين على ما كان من حقوق العباد أما حقوق اللّه المحضة فيقضي فيها بعلمه اتفاقاً، ثم استدل لذلك بأن له التعزير بعلمه.

قلت: ولا يخفى أنه خطأ صريح مخالف لصريح كلامهم كما علمت. وأما التعزير فليس بحدّ كما أسمعناك من عبارة شرح أدب القضاء، وأيضاً فهو ليس بقضاء. قوله: (فهل الإمام قيد) أقول: على فرض ثبوته في عبارة السراجية ليس بقيد، لما علمت من عبارة الفتح المصرّحة بجواز قضاء القاضي بعلمه في قتل عمد أو حد قذف لكونه من حقوق العباد. قوله: (لكن إلخ) استدراك على ما نقله ثانياً عن الأشباه[2] بأنه مبني على خلاف المختار، أو على قوله: «فهل الإمام قيد» فإن قول الشرنبلالي: لا يقضي بعلمه في الحدود الخالصة للّه تعالى: يعني اتفاقاً يفهم منه أنه يقضي بعلمه في غيرها كحد قذف وقود وتعزير على قول المتقدمين، وهو خلاف المختار فيكون ذكر الإمام غير قيد، فافهم. قوله: (مطلقاً) أي: سواء كان علمه بعد توليته أو قبلها ح. أو سواء كان حداً غير خالص للّه تعالى، أو قوداً أو غيرهما من حقوق العباد. قوله: (وخمر مطلقاً) أي: سواء سكر منه أو لا. قوله: (للتهمة) أي: إذا علم القاضي بأنه سكران له تعزيره، لأن القاضي له تعزير المتهم وإن لم يثبت عليه كما مر تحريره في الكفالة. قوله: (يثبت الحيلولة) أي: بأن يأمر بأن يحال بين المطلق وزوجته والمعتق وأمته أو عبده والغاصب وما غصبه بأن يجعله تحت يد أمين إلى أن يثبت ما علمه القاضي بوجه شرعي. قوله: (على وجه الحسبة) أي: الاحتساب وطلب

---

(1) قال الرافعي: قوله: (لكن في «منية المفتي» الملخصة من «السراجية» التعبير بالقاضي إلخ) لكن المذكور في «السراجية» التعبير بالإمام كما نقله عنها في «الأشباه» لا التعبير بالقاضي وقد ذكر هذا في باب ما يجوز زمن القضاء وما لا يجوز.

(2) قال الرافعي: قوله: (استدراك ما نقله ثانياً عن «الأشباه» إلخ) لا يتم كونه استدراكاً على ما في «الأشباه» إلا إذا كان ما ذكره الشرنبلالي في الإمام مع أنه إنما ذكره في القاضي.

القضاء (ولا يقبل) كتاب القاضي (من محكم بل من قاض مولى من قبل الإمام يملك) إقامة (الجمعة) وقيل يقبل من قاضي رستاق إلى قاضي مصر أو رستاق، واعتمده المصنف والكمال (كتب كتاباً إلى من يصل إليه من قضاة المسلمين فوصل إلى قاض ولي بعد كتابة هذا المكتوب لا يقبل) لعدم ولايته وقت الخطاب. جواهر الفتاوى. وفيها: لو جعل الخطاب للمكتوب إليه ليس لنائبه أن يقبله ....

الثواب لئلا يطأها الزوج أو السيد أو الغاصب. قوله: (لا القضاء) أي: لا على طريق الحكم بالطلاق أو العتاق أو الغصب. قوله: (ولا يقبل كتاب القاضي) الأولى حذف القاضي، لأن المحكم ليس قاضياً إلا أن يراد به ما يشمل المولى من السلطان وغيره. قوله: (بل من قاض مولى إلخ) أفاد أن هذا شرط في الكاتب فقط. قال في المنح: فلا تقبل من قاضي رستاق إلى قاضي مصر، وإنما تقبل من قاضي مصر إلى قاضي مصر آخر أو إلى قاضي رستاق. قوله: (يملك إقامة الجمعة) الظاهر: أن هذا غير قيد، ولا سيما في زماننا، لأن السلطان لا يأذن للقاضي بها، والظاهر أن مراده الإشارة إلى أن المراد قاضي المصر التي تقام فيها الجمعة. تأمل. وفي المنح عن السراجية: وإنما تقبل كتب قضاة الأمصار التي تقام فيها الحدود وينفذ فيها حكم الحكام، إلا فيما لا خطر له شرعاً، لأن الولاية لا تثبت إلا في محل قابل للولاية لمن هو أهل له. قوله: (وقيل يقبل إلخ) الظاهر: أن الخلاف مبني على الخلاف في أن المصر هل هو شرط[1] لنفاذ القضاء أم لا؟ فحكوا عن ظاهر الرواية أنه شرط، وعن رواية النوادر أنه ليس بشرط، وبه يفتي كما في البزازية، فعلى هذا يفتي بقبوله من قاضي رستاق إلى قاضي مصر أو رستاق منح. ومثله في شرح المقدسي. ورأيت بخط بعض الفضلاء أن ما ذكر من ابتناء الخلاف على الخلاف الآخر مصرّح به في البزازية. قوله: (واعتمده المصنف والكمال) قد علمت كلام المصنف، وأما الكمال فقد قال: والذي ينبغي أنه بعد عدالة شهود الأصل والكتاب لا فرق: أي: بين كونه من قاضي مصر أو غيره. قوله: (إلى من يصل إليه إلخ) أي: بناء على قول الثاني بجواز التعميم ابتداء كما مر. قوله: (لعدم ولايته وقت الخطاب) أي: لأنه خطاب، والخطاب إنما يصح إذا كان له ولاية وقته. منح. قوله: (ليس لنائبه أن يقبله) لأنه قد كتب إلى غيره، ولو جعل الخطاب إلى النائب وسماه باسمه ليس للمنيب أن يقبله، لأنه لا يقبل الكتاب إلا المكتوب إليه. ....

(1) قال الرافعي: قوله: (الظاهر أن الخلاف مبني على الخلاف في أن المصر هل هو شرط إلخ) عبارة المقدسي من كتاب القاضي: يكتب قاضي مصر إلى قاضي مصر آخر أو قاضي الرستاق، ولا يكتب قاضي الرستاق إلى قاضي مصر. حدادي معزياً «للينابيع»، والظاهر أن هذا مبني على اشتراط المصر لصحة القضاء، بل صرح به في «المحيط» قال: لأنه ليس بقاض والمفتى به خلافه اهـ، وعبارة البزازية أول القضاء: وفي الإملاء أن المصر ليس بشرط وينبني عليه كتاب قاضي الرستاق إلى قاضي المصر لا يقبل في الظاهر، لأنه نقل الولاية ولا ولاية لقاضي الرستاق اهـ. وفيه تأمل.

(والمرأة تقضي في غير حد وقود وإن أثم المولى لها) لخبر البخاري: «لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة»[١] (وتصلح ناظرة) لوقف (ووصية) ليتيم (وشاهدة) فتح. فصحّ تقريرها في النظر والشهادة في الأوقاف ولو بلا شرط واقف. بحر. قال: وقد أفتيت

قوله: (في غير حدّ وقود) لأنها لا تصلح شاهدة فيهما فلا تصلح حاكمة.

مَطْلَبٌ : فِي جَعْلِ المَرْأَةِ شَاهِدَةَ الوَقْفِ

قوله: (ولو بلا شرط واقف) أما إذا شرط الواقف فلا شك فيه لأنها أهل للشهادة، وأما بدون شرطه الناص عليها كما في صورة الحادثة التي ذكرها ففيه نزاع، فقد رده في النهر بأن قوله ثم لولده لا يشمل الأنثى، لأن عرف الواقفين مراعى، ولم يتفق تقرير أنثى شاهدة في وقف في زمن ما فيما علمنا فوجب صرف ألفاظه إلى ما تعارفوه وهو الشاهد الكامل إلى آخر كلامه. ونقل الحموي مثله عن المقدسي. ثم نقل عن بعضهم أن هذا لا يمنع كونها أهلاً للشهادة، وقول الأصحاب بجواز شهادتها وقضائها في غير حدّ وقود صريح في صحة تقريرها في الأوقاف اهـ.

قلت: لا يخفى ما فيه، فإن الكلام ليس في أهليتها بل في دخولها في كلام الواقف المبني على المتعارف.

مَطْلَبٌ : لاَ يَصِحُّ تَقْرِيرُ المَرْأةِ فِي وَظِيفَةِ الإِمَامَةِ

تنبيه: وأما تقريرها في نحو وظيفة الإمام، فلا شك في عدم صحته لعدم أهليتها، خلافاً لما زعمه بعض الجهلة أنه يصح وتستنيب، لأن صحة التقرير يعتمد وجود الأهلية، وجواز الاستنابة فرع صحة التقرير اهـ أبو السعود.

مَطْلَبٌ : لاَ يَصِحُّ تَوْلِيَةُ السُّلْطَانِ مُدَرِّساً لَيْسَ بِأَهْلٍ

وفي الأشباه: إذا ولى السلطان مدرساً ليس بأهل لم تصح توليته، لأن فعله مقيد بالمصلحة ولا مصلحة في تولية غير الأهل، وإذا عزل الأهل لم ينعزل، وفي «معيد النعم، ومبيد النقم»[٢] المدرس إذا لم يكن صالحاً للتدريس لم يحل له تناول المعلوم اهـ. والذي يظهر في تعريف أهلية التدريس أنها بمعرفة منطوق الكلام ومفهومه، وبمعرفة المفاهيم، وأن يكون له سابقة اشتغال على

(١) رواه البخاري في كتاب: الفتن، باب: الفتنة التي تموج كموج البحر (١٣/ ٤٥ ـ ٤٦). ورواه الترمذي في كتاب: الفتن، باب: لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة. (الحديث: ٢٢٦٣). ورواه النسائي في كتاب: القضاة، باب: النهي عن استعمال النساء في الحكم. (٨/ ٢٢٧). ورواه أحمد في المسند: ٥/ ٣٨ ـ ٤٣ ـ ٤٧ ـ ٥١.
انظر جامع الأصول: ٤/ ٤٩ (٢٠٢٧).

(٢) كتاب معيد النعم ومبيد النقم: للشيخ تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي المتوفى سنة ٧٧١ هـ. انظر: كشف الظنون: ٢/ ١٧٤٤.

فيمن شرط الشهادة في وقفه لفلان ثم لولده فمات وترك بنتاً أنها تستحق وظيفة الشهادة. وفي الأشباه من أحكام الأنثى اختار في المسايرة جواز كونها نبية لا رسولة لبناء حالهن على الستر (ولو قضت في حدّ وقود فرفع إلى قاض آخر) يرى جوازه

المشايخ، بحيث صار يعرف الاصطلاحات ويقدر على أخذ المسائل من الكتب، وأن يكون له قدرة على أن يسأل ويجيب إذا سئل، ويتوقف ذلك على سابقة اشتغال في النحو والصرف بحيث صار يعرف الفاعل من المفعول وغير ذلك، وإذا قرأ لا يلحن، وإذا قرأ لاحن بحضرته رد عليه اهـ مختصراً ط.

مَطْلَبٌ : فِي تَوْجِيهِ الوَظَائِفِ لِلابْنِ وَلَوْ صَغِيراً

قلت: ومقتضاه: أنه إذا مات الإمام أو المدرس لا يصح توجيه وظيفته على ابنه الصغير، وقدمنا في الجهاد في آخر فصل الجزية عن العلامة البيري بعد كلام نقله إلى أن قال: أقول هذا مؤيد لما هو عرف الحرمين الشريفين ومصر والروم من غير نكير من إبقاء أبناء الميت ولو كانوا صغاراً على وظائف آبائهم من إمامة وخطابة وغير ذلك عرفاً مرضياً، لأن فيه إحياء خلف العلماء ومساعدتهم على بذل الجهد في الاشتغال بالعلم، وقد أفتى بجواز ذلك طائفة من أكابر الفضلاء الذين يعوّل على إفتائهم اهـ. وقيدنا ذلك هناك بما إذا اشتغل الابن بالعلم، أما لو تركه وكبر وهو جاهل، فإنه يعزل وتعطى الوظيفة للأهل لفوات العلة، وقدمنا في الوقف أنه لا يصح جعل الصبيّ الصغير ناظراً على وقف، فراجع ما حررناه في الموضعين. قوله: (اختار) أي: الكمال في [المسايرة][1] هي رسالة في علم الكلام ساير بها عقيدة الغزالي ط. قوله: (لبناء حالهن على الستر) أي: والرسول يحتاج إلى مخالطة الذكور بالتعليم وإقامة الحجج عليهم وغير ذلك مما لا يكون إلا من الذكور، والجواز لا يقتضي الوقوع. قال في بدء الأمالي: وما كانت نبياً قط أنثى ط. قوله: (يرى جوازه) قيد به لأن نفس القضاء إذا كان مختلفاً فيه لا ينفذ ما لم ينفذه قاض آخر يرى جوازه، فيحتئذ إذا رفع إلى من يراه نفذه، بخلاف ما إذا كان الخلاف في طريق القضاء لا في نفسه، فإنه ينفذ على المخالف بدون تنفيذ آخر كما حررناه سابقاً، ولذا قال العيني: ولو قضت بالحدود والقصاص وأمضاه قاض آخر يرى جوازه جاز بالإجماع، لأن نفس القضاء مجتهد فيه، فإن شريحاً كان يجوز شهادة النساء مع رجل في الحدود والقصاص. وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير: ولو قضى القاضي في الحدود بشهادة رجل وامرأتين نفذ قضاؤه،

---

(1) قال الرافعي: قوله: (قوله: اختار أي: الكمال في «المسايرة») عبارة «المسايرة» ليس فيها ما يفيد اختيار جواز كونها نبية، ونصها على ما نقله السندي: شرط النبوة الذكورة إلى أن قال: وخالف بعض أهل الظاهر والحديث حتى حكموا بنبوة مريم عليها السلام، وفي كلامهم ما يشعر بالفرق بين النبوة والرسالة بالدعوى وعدمها، وعلى هذا لا يبعد اشتراط الذكورة لكن أمر الرسالة مبني على الاشتهار والإعلان، والتردد بين المجامع للدعوى ومبنى حالهن على الستر والقرار إلخ.

(فأمضاه ليس لغيره إبطاله) لخلاف شريح. عيني. والخنثى كالأنثى. بحر.

واعلم أنه إذا وقع للقاضي حادثة أو لولده فأناب غيره و**(قضى نائب القاضي له أو لولده جاز)** قضاؤه **(كما لو قضى للإمام الذي قلده القضاء أو لولد الإمام)** سراجية. وفي البزازية: كل من تقبل شهادته[1] له وعليه يصح قضاؤه له وعليه اهـ. خلافاً للجواهر والملتقط، فليحفظ ....

وليس لغيره إبطاله لأنه قضى في فصل مجتهد فيه، وليس نفس القضاء هنا مختلفاً فيه اهـ: أي: بخلاف قضاء المرأة في الحدود فإن المجتهد فيه نفس القضاء. قوله: **(والخنثى كالأنثى)** أي: فيصح قضاؤه في غير حد وقود بالأولى، وينبغي أن لا يصح في الحدود والقصاص لشبهة الأنوثة. بحر. قوله: **(أو لولده)** أي: ونحوه من كل من لا تقبل شهادته له كما يعلم مما يأتي. قوله: **(فأناب غيره)** أي: وكان من أهل الإنابة. بحر عن السراجية: أي: بأن كان مأذوناً له بالإنابة. قوله: **(كما لو قضى)** أي: القاضي. قوله: **(خلافاً للجواهر)** حيث قال فيها: القاضي إذا كانت له

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (وفي «البزازية»: كل من تقبل شهادته إلخ) مقتضى هذا قبول شهادة الرعايا لأميرهم وكذا عمالهم، ويظهر عليه أن السلطان لو وكّل وكيلاً في شيء تقبل شهادة الرعايا له نظير ما سبق متناً، وفي الباب الرابع فيمن تقبل شهادته من «الهندية» عن «الخلاصة»: شهادة الجند للأمير لا تقبل إن كانوا يحصون، وإن كانوا لا يحصون تقبل، نص في «الصيرفية» في حد الإحصاء مائة وما دونه، وما زاد عليه فهؤلاء لا يحصون كذا في «جواهر الأخلاطي» اهـ. قال في التكملة: وقدمناه في الشهادات اهـ، لكن في حاشيته على «البحر»: وعن شرف الأئمة لا تقبل شهادة الرعية لوكيل الرعية والشحنة والرئيس والعامل لجهلهم وميلهم خوفاً منه، وكذا شهادة المزارع اهـ، وهو صريح في عدم جواز شهادة من ذكر للتهمة وفساد الزمان، وهذا الذي يجب أن يعوّل عليه في زماننا فتدبر، وبه يعلم أن شهادة الفلاحين لشيخ قريتهم وشهادتهم للقسام الذي يقسم عليهم، وشهادة الرعية لحاكمهم وعاملهم ومن له نوع ولاية عليهم لا تجوز اهـ. ثم رأيت في الزيلعي من القضاء ما نصه: أهله أهل الشهادة لأن كل واحد منهما يثبت الولاية على الغير الشاهد بشهادته يلزم الحاكم أن يحكم، والحاكم بحكمه يلزم الخصم، ومن صلح شاهداً صلح قاضياً، فكانا من باب واحد فيستفاد أحدهما من الآخر اهـ. وفيه من الشهادة: روي أن الحسن شهد لعلي مع قنبر عند شريح بدرع فقال شريح لعلي: ائت بشاهد، فقال: مكان الحسن أو قنبر، فقال: مكان الحسن، قال: أما سمعت رسول الله ﷺ يقول للحسن والحسين: هما سيدا أهل الجنة، قال: سمعت لكن ائت بشاهد آخر القصة إلى آخرها، وفيها أنه استحسنه وزاده في الرزق اهـ، وسيأتي في الشرح بعد أسطر: لا يقضي القاضي لمن لا تقبل شهادته له اهـ، وفي قاضيخان شرح «الزيادات» من كتاب «السير» شهد فقيران مسلمان على رجل بسرقة شيء من بيت المال جازت شهادتهما، وكذا لو شهدا بمسجد أو طريق للعامة، وللقاضي أن يقضي بالغنيمة، وإن كان له شركة فيها وما لا يمنع القضاء لا يمنع الشهادة اهـ. وفي «الخانية» من فصل فيمن يجوز قضاء القاضي له يجوز قضاء القاضي للأمير الذي ولاه، وكذا =

(ويقضي النائب بما شهدوا به عند الأصل وعكسه)(1) وهو قضاء الأصل بما شهدوا به عند النائب، فيجوز للقاضي أن يقضي بتلك الشهادة بإخبار النائب وعكسه. خلاصة.

فروع: لا يقضي القاضي لمن لا تقبل شهادته له، إلا إذا ورد عليه كتاب قاض لمن لا تقبل شهادته له فيجوز قضاؤه به(2). أشباه. وفيها: لا يقضي لنفسه ولا لولده

خصومة على إنسان فاستخلف خليفة فقضى له على خصمه لا ينفذ، لأن قضاء نائبه كقضائه بنفسه، وذلك غير جائز لما ذكر محمد أن من وكل رجلاً بشيء ثم صار الوكيل قاضياً فقضى لموكله في تلك الحادثة لم يجز، لأنه قضى لمن ولاه ذلك، فكذلك نائب هذا القاضي؛ **قال:** والوجه لمن ابتلي بمثل هذا أن يطلب من السلطان الذي ولاه أن يولي قاضياً آخر حتى يختصما إليه فيقضي، أو يتحاكما إلى حاكم محكم ويتراضيا بقضائه فيقضي بينهما فيجوز اهـ.

قلت: ولعل هذا محمول على ما إذا لم يكن القاضي مأذوناً له بالإنابة(3) كما يدل عليه **قوله:** «والوجه إلخ» وإلا فلو كان مأذوناً كان نائبه نائباً عن السلطان كما مر في فصل الحبس، فلا يحتاج إلى أن يطلب من السلطان تولية قاضٍ آخر، فلذا مشى المصنف هنا على الجواز وإن تردد فيه في شرحه قبيل قوله: «ويرد هدية». **قوله: (لا يقضي القاضي إلخ)** في الهندية: لا يجوز

= قضاء القاضي الأسفل للقاضي الأعلى، وقضاء الأعلى للأسفل اهـ. وفي «البحر» من الشهادات أن من لا تقبل شهادته له فلا يجوز قضاؤه له، فلا يقض لأصله وإن علا، ولا لفرعه وإن سفل، ولا لوكيل من ذكرنا كما في قضائه لنفسه كما في «البزازية» وفيها اختصم رجلان عند القاضي ووكل أحدهما ابن القاضي أو من لا تجوز شهادته له، فقضى القاضي لهذا الوكيل لا يجوز، وإن قضى عليه يجوز إلخ اهـ.

(1) **قال الرافعي: قول المصنف: (ويقضي النائب بما شهدوا به عند الأصل وعكسه)** نظير هذا ما ذكر في «الدرر» قبيل كتاب القاضي: إن غاب الوكيل أو مات بعدما أقيمت البينة عليه، ثم حضر الموكل يقضي عليه بتلك البينة، وكذا لو غاب الموكل ثم حضر الوكيل فإنه يقضي عليه بتلك البينة، وكذا لو مات المدعى عليه بعدما أقيمت عليه البينة يقضي بها على الوارث، وكذا لو أقيمت على أحد الورثة ثم غاب يقضي بها على الوارث الآخر، وكذا لو أقيمت البينة على نائب الصغير، ثم بلغ الصغير يقضي بها عليه، ولا يكلف بإعادة البينة كذا في «الخانية»، ثم اعلم أن ما ذكره المصنف إنما يظهر فيما لو كان القاضي المأذون بالإنابة أناب غيره لا في نواب زماننا، فإن كلاً من القاضي والنائب يتولى من قبل نائب السلطان، فهما بمنزلة قاضيين كل تولى من الخليفة.

(2) **قال الرافعي: قول الشارح: (فيجوز قضاؤه به إلخ)** القصد أن قضاء المكتوب إليه لابنه صحيح.

(3) **قال الرافعي: قوله: (ولعل هذا محمول على ما إذا لم يكن القاضي مأذوناً له بالإنابة إلخ)** هذا الحمل غير مناسب، فإن المانع من جواز قضاء النائب إنما هو أن قضاء نائبه كقضائه بنفسه، وإلا كان المانع هو عدم صحة الإنابة وقوله: والوجه لا يدل لما قاله.

إلا في الوصية. وحرر الشرنبلالي في شرحه للوهبانية: صحة قضاء القاضي لأم امرأته ولامرأة أبيه ولو في حياة امرأته وأبيه، وأنه يقضي فيما هو تحت نظره من الأوقاف، وزاد بيتين فقال:

وَيُقْضَىٰ لأُمِّ العِرْسِ حَالَ حَيَاتِها وَعِرْسِ أَبِيـهِ وَهُوَ حَيٌّ مُحَرَّرُ
وَبَعْدَ وَفَاةٍ إِنْ خَلاَ عَنْ نَصِيبِهِ بِمِيرَاثٍ مَقْضِيٌّ بِهِ فَتَبَصَّرُوا

للقاضي أن يقضي لوكيله ولا لوكيل وكيله ولا لوكيل أبيه وإن علا أو ابنه وإن سفل، ولا لعبده ولا لمكاتبه ولا لعبيد من لا تقبل شهادتهم له ولا لمكاتبهم، ولا لشريكه مفاوضة أو عناناً في مال هذه الشركة، كذا في المحيط؛ وكل من لا تجوز شهادته كالوالدين والمولودين والزوج والزوجة، كذا في شرح الطحاوي اهـ ملخصاً. وفي معين الحكام: مما يجري مجرى القضاء الإفتاء، فينبغي للمفتي الهروب من هذا متى قدر اهـ: أي: وكان هناك مفت غيره. حموي ط.

قلت: والعلة في ذلك التهمة. قوله: (إلا في الوصية) صورتها ما في الأشباه: لو كان القاضي غريم ميت فأثبت أن فلاناً وصيه صح وبرىء بالدفع إليه، بخلاف ما إذا دفع له قبل القضاء امتنع القضاء، وبخلاف الوكالة عن غائب[1] فإنه لا يجوز القضاء بها إذا كان القاضي مديون الغائب، سواء كان قبل الدفع أو بعده. قوله: (ولو في حياة امرأته وأبيه) لكن بعد موتهما يقضي فيما لم يرث منه كما يأتي. قوله: (وزاد بيتين) أي: زاد على نظم الوهبانية بيتين وهما الأولان، أما الثالث فهو من زيادات شارحها ابن الشحنة، نقله عنه الشرنبلالي في شرحه. قوله: (لأم العرس) بكسر العين: أي: لأم زوجته. قوله: (محرّر) خبر لمبتدأ محذوف: أي: هذا الحكم محرر ط. قوله: (بميراث) بدون تنوين للضرورة، ولو قال من الإرث لكان أولى. قوله: (مقضيّ) بالرفع فاعل خلا. قال الشرنبلالي في شرحه: فأم زوجته يصح لها القضاء بالمال وغيره حال حياة زوجته، وبعد موت الزوجة يصح فيما لم يكن ميراثاً له عن زوجته، ولا يصح في الموروث لاستحقاق القاضي حصة منه بالميراث من زوجته، وقضاؤه لزوجة أبيه كذلك في حال حياة الأب يصح مطلقاً، وبعد موته يخص بما لا يرث منه القاضي، كما إذا ادعت استحقاقاً في وقف يخصها اهـ. ولا يخفى أن هذا أيضاً مخصوص بما إذا كانت أم زوجته[2] المقضيّ لها حية، وإلا كان قضاء لزوجته فيما ترث منه.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وبخلاف الوكالة عن غائب إلخ) ينظر الفرق بين الوكالة والإيصاء ثم رأيت الحموي في حاشية «الأشباه» ذكره حيث قال: والفرق أن القاضي يملك نصبه بدون البينة لانقطاع الرجاء عن النظر لنفسه، فلم يكن متهماً ولا يملك نصب الوكيل عن الغائب لرجاء حضوره اهـ.

(2) قال الرافعي: قوله: (ولا يخفى أن هذا أيضاً مخصوص بما إذا كانت أم زوجته إلخ) تقييد للشق الأول في كلام الشرنبلالي.

وَيُقْضَىٰ بِوَقْفٍ مُسْتَحَقٌّ لِرَيْعِهِ لِوَصْفِ الْقَضَا وَالْعِلْمِ أَوْ كَانَ يُنْظَرُ ·

هَذِهِ مَسَائِلُ شَتَّى

أي: متفرقة، وجاؤوا شتى: أي: متفرقين (يمنع صاحب سفل عليه علو) أي: طبقة (لآخر من أن يتد) أي: يدق الوتد (في سفله) وهو البيت التحتاني (أو ينقب كوة) بفتح أو ضم الطاقة، وكذا بالعكس. دعوى المجمع (بلا رضا الآخر) وهذا

قوله: (ويقضي إلخ) فاعله قوله: «مستحق». قال الشرنبلالي: صورتها: وقف على علماء كذا وسلم للمتولي فادعى فساد الوقف بسبب الشيوع عند قاض هو من أولئك العلماء نفذ قضاؤه. وكذا يقضي فيما هو تحت نظره من الأوقاف قال ابن الشحنة: وقولي لوصف القضاء والعلم ليخرج ما لو كان استحقاقه لذاته لا لوصف، وهذه المسألة نظير مسألة الشهادة على وقف لمدرسة هو مستحق، وستأتي في كتاب الشهادات، والله سبحانه أعلم.

هَذِهِ مَسَائِلُ شَتَّى

قدر الشارح لفظ: «هذه» إشارة إلى أن «مسائل» خبر مبتدأ محذوف و«شتى» صفة لمسائل. قوله: (أي متفرقة) ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّ سَعْيَكُمْ لَشَتَّىٰ﴾[1] أي لمختلف في الجزاء، وتمامه في البحر. قوله: (سفل) بكسر السين وضمها ضد العلو بضم العين وكسرها مع سكون اللام فيهما ط عن الحموي. قوله: (من أن يتد) أصله يوتد حذفت الواو لوقوعها بين الياء والكسرة من باب ضرب، والوتد كما في البحر عن البناية كالخازوق: القطعة من الخشب أو الحديد يدق في الحائط ليعلق عليه شيء أو يربط به. وفي البحر أيضاً: وأشار المصنف إلى منعه من فتح الباب ووضع الجذوع وهدم سفله، وقيد بالتصرف في الجدار احترازاً عن تصرفه في ساحة السفل، فذكر قاضيخان: لو حفر صاحب السفل في ساحته بئراً وما أشبهه له ذلك عنده، وإن تضرّر به صاحب العلو، وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر اهـ. قوله: (بفتح أو ضم) أي: مع تشديد الواو، ويجمع الأول: على كوات كحبة وحبات، والثاني: على كواء بالمد والقصر كمدية ومدى ط. والكوة: ثقب البيت، وتستعار لمفاتيح الماء إلى المزارع والجداول. بحر عن المغرب. والمراد بها ما يفتح في حائط البيت لأجل الضوء أو ما يخرق فيه بلا نفاذ لأجل وضع متاع ونحوه. قوله: (الطاقة) تفسير للكوة، لكن في القاموس: الطاق ما عطف من الأبنية، ولم أر من ذكره في اللغة بالتاء. تأمل. قوله: (وكذا بالعكس إلخ) أي: كما يمنع ذو السفل يمنع ذو العلو، وعبارة المجمع: وكل من صاحب علو وسفل ممنوع من التصرف فيه إلا بإذن الآخر، وأجازه إن لم يضرّ به. وفي العيني: وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على العلو شيئاً أو بيتاً أو يضع

---

(١) سورة: الليل (٩٢)، الآية: ٤.

عنده وهو القياس. بحر. وقالا: لكل فعل ما لا يضرّ، ولو انهدم السفل بلا صنع ربه لم يجبر على البناء لعدم التعدي، ولذي العلو أن يبني ثم يرجع بما أنفق إن بنى بإذنه أو إذن قاض، وإلا فبقيمة البناء يوم بنى. وتمامه في العيني ....

عليه جذوعاً أويحدث كنيفاً اهـ. وكذا جعله في الهداية على الخلاف، لكن في البحر عن قسمة الولوالجية: اختلف المشايخ على قوله، فقيل له أن يبني ما بدا له ما لم يضر بالسفل، وقيل وإن أضرّ، والمختار للفتوى أنه إذا أشكل أنه يضر أم لا يملك، وإذا علم أنه لا يضر يملك. قوله: **(وقالا إلخ)** قال في الفتح: قيل ما حكى عنهما تفسير لقول الإمام، لأنه إنما يمنع ما فيه ضرر ظاهر لا ما لا ضرر فيه فلا خلاف بينهم. وقيل بينهم خلاف، وهو ما فيه شك، فما لا شك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير أو وسط يجوز اتفاقاً، وما فيه ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغي أن يمنع اتفاقاً، وما يشك في التضرر به كدق الوتد في الجدار أو السقف فعندهما لا يمنع، وعنده يمنع اهـ. وفي قسمة المنية أن المختار أن الخلاف فيما إذا أشكل فعنده يمنع وعندهما لا اهـ. وكذا يأتي في كلام الشارح قريباً أنه المختار للفتوى.

مَطْلَبٌ : فِيمَا لَوِ انْهَدَمَ المُشْتَرَكُ وَأَرَادَ أَحَدُهُما البِنَاءَ وَأَبى الآخَرُ

قوله: **(ولو انهدم السفل إلخ)** أي: بنفسه، وأما لو هدمه فقد قال في الفتح: وعلمت أنه ليس لصاحب السفل هدمه، فلو هدمه يجبر على بنائه لأنه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو.

قوله: **(وتمامه في العيني)** حيث قال: بخلاف الدار المشتركة إذا انهدمت فبناها أحدهما بغير إذن صاحبه حيث لا يرجع لأنه متبرع، إذ هو ليس بمضطر، لأنه يمكنه أن يقسم عرصتها ويبني في نصيبه، وصاحب العلو ليس كذلك، حتى لو كانت الدار صغيرة[1] بحيث لا يمكن الانتفاع بنصيبه بعد القسمة كان له أن يرجع، وعلى هذا إذا انهدم بعض الدار أو بعض الحمام فأصلحه أحد الشريكين له أن يرجع لأنه مضطر، إذ لا يمكنه قسمة بعضه، ولو انهدم كله فعلى التفصيل الذي ذكرناه اهـ. أي: إن أمكنه قسمة العرصة ليبني في نصيبه لا يكون مضطراً وإلا كان مضطراً.

والحاصل: أنه إذا انهدم كل الدار أو الحمام: فإن كان يمكنه قسمة العرصة ليبني في نصيبه لا يكون مضطراً، فلو عمر بدون إذن شريكه يكون متبرعاً والظاهر أن المراد ما إذا أمكنه إعادة العرصة داراً أو حماماً كما كانت لا مطلق البناء، إن كان لا يمكن قسمة العرصة فهو مضطر، وإن انهدم بعض الحمام أو بعض الدار فهو مضطر أيضاً، والظاهر أن المراد ما إذا كانت الدار صغيرة، أما إذا كانت كبيرة يمكن قسمتها فإنه يقسمها، فإن خرج المنهدم في نصيبه بناه أو في نصيب شريكه يفعل به شريكه ما أراد.

(1) قال الرافعي: قوله: **(حتى لو كانت الدار صغيرة إلخ)** انظر ما تقدم في الشركة، فإن مقتضاه توقف الرجوع على إذن الشريك أو القاضي، ويدل عليه ما سيأتي له أيضاً وأن المسألة المذكورة خلافية.

....

تنبيه: قال في البحر: وذكر الحلواني ضابطاً فقال: كل من أجبر أن يفعل مع شريكه، فإذا فعل أحدهما بغير أمر الآخر لم يرجع لأنه متطوع، إذ كان يمكنه أن يجبر مثل كري الأنهار وإصلاح السفينة المعيبة وفداء العبد الجاني، وإن لم يجبر لا يكون متطوعاً كمسألة انهدام العلو والسفل اهـ. ومن ذلك لو أنفق على الدابة بلا إذن شريكه لم يرجع لتمكنه من رفعه إلى القاضي ليجبر، بخلاف الزرع المشترك فإنه يرجع، لأنه لا يجبر شريكه كما في المحيط فكان مضطراً اهـ. وتمام ذلك فيه. وذكر قبله أن صاحب العلو إن بنى السفل بأمر القاضي رجع بما أنفق وإلا فبقيمة البناء، به يفتى، والصحيح أن المعتبر في الرجوع قيمة البناء يوم البناء لا يوم الرجوع.

قلت: وقد تلخص من هذا الأصل ومما قبله أنه إن لم يضطر بأن أمكنه القسمة فعمر بلا أمر فهو متبرع، وإلا فإن كان شريكه يجبر على العمل معه ككري النهر ونحوه فكذلك. وإن كان شريكه لا يجبر كمسألة السفل لا يكون متبرعاً بل يرجع بما أنفق إن بنى بأمر القاضي، وإلا فبقيمة البناء يوم البناء، وقد وقع في هذه المسألة اضطراب كثير، وقدمنا تمام الكلام عليها آخر الشركة، وكنت نظمت ذلك بقولي:

وَإِنْ يُعَمِّرِ الشَّرِيكُ الْمُشْتَرِكْ ... بِدُونِ إِذْنٍ لِلرُّجُوعِ مَا مَلَكْ
إِنْ لَمْ يَكُنْ لِذَاكَ مُضْطَرًّا بِأَنْ ... أَمْكَنَهُ قِسْمَةُ ذَلِكَ السَّكَنْ
أَمَّا إِذَا اضْطُرَّ لِذَا وَكَانَ مَنْ ... أَبَى عَلَى التَّعْمِيرِ يُجْبَرُ فَإِنْ
بِإِذْنِهِ أَوْ إِذْنِ قَاضٍ يَرْجِعُ ... وَفِعْلُهُ بِدُونِ ذَا تَبَرُّعُ
ثُمَّ إِذَا اضْطُرَّ وَلاَ جَبْرَ كَمَا ... فِي السُّفْلِ وَالْجِدَارِ يَرْجِعُ بِمَا
أَنْفَقَهُ إِنْ كَانَ بِالإِذْنِ بَنَى ... لِذَا وَإِلاَّ فَبِقِيمَةِ الْبِنَا

ثم اعلم أن صاحب العلو إذا بنى السفل فله أن يمنع صاحب السفل من السكنى حتى يدفع إليه لكونه مضطراً، وكذا حائط بين اثنين لهما عليه خشب فبنى أحدهما فله منع الآخر من وضع الخشب حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنياً كما في البحر. وفيه عن جامع الفصولين: لكل من صاحب السفل والعلو حق في ملك الآخر لذي العلو حق قراره، ولذي السفل حق دفع المطر والشمس عن السفل اهـ. ثم نقل عنه أيضاً: لو هدم ذو السفل سفله وذو العلو علوه أخذ ذو السفل ببناء سفله إذ فوت عليه حقاً ألحق بالملك فيضمن كما لو فوت عليه ملكاً اهـ. قال في البحر: وظاهره أنه لا جبر على ذي العلو، وظاهر الفتح خلافه وهو محمول على ما إذا بنى ذو السفل سفله وطلب من ذي العلو بناء علوه فإنه يجبر اهـ: أي: لأن فرض المسألة أنه هدم علوه فيجبر على بنائه بعد ما بنى ذو السفل سفله لا قبله، وإنما أجبر لأن لذي السفل حقاً في العلو كما علمت؛ وأما لو انهدم العلو بلا صنعه فلا يجبر لعدم تعديه، كما ذكره الشارح فيما لو انهدم السفل. وفي البحر عن الذخيرة. سقف السفل وجذوعه وهراديه وبواريه وطينه لذي السفل، قال: وذكر الطرسوسي أن الهرادي ما يوضع فوق السقف من قصب أو عريش اهـ.

(زائغة مستطيلة) أي: سكة طويلة (يتشعب عنها) سكة (مثلها) لكن (غير نافذة) إلى محل آخر (يمنع أهل الأولى عن فتح باب) للمرور ....

قلت: لكن في المغرب عن الليث: الهردية قضبان تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم اهـ فهي التي تسمى في عرفنا سقالة. هذا وذكر في الخيرية: أن تطيين سقف السفل لا يجب على واحد منهما. أما ذو العلو فلعدم وجوب إصلاح ملك الغير عليه وإن تلف الطين بالسكن المأذون فيه شرعاً، إلا إذا تعدى بإزالته فيضمنه. وأما ذو السفل فلعدم إجباره على إصلاح ملكه، فإن شاء طينه ورفع ضرره وكف الماء عنه، وإن شاء تحمل ضرره.

تتمة: في البحر عن جامع الفصولين: جدار بينهما ولكل منهما حمولة فوهى الحائط[1] فأراد أحدهما رفعه ليصلحه وأبى الآخر، ينبغي أن يقول مريد الإصلاح للآخر ارفع حمولتك بأسطوانات وعمد ويعلمه أنه يريد رفعه في وقت كذا وأشهد على ذلك، فلو فعله وإلا فله رفع الجدار، فلو سقطت حمولته لم يضمن اهـ.

وقلت: والظاهر: أن مثله ما إذا احتاج السفل إلى العمارة فتعليق العلو على صاحبه، وهذه فائدة حسنة لم أجد من نبه عليها. قوله: (زائغة مستطيلة) وفي التهذيب: الزائغة: الطريق الذي حاد عن الطريق الأعظم اهـ. من زاغت الشمس: إذا مالت، والمستطيلة الطويلة، من استطال بمعنى طال. أفاده في البحر. قوله: (مثلها) أي: طويلة احترازاً عن المستديرة كما يأتي. قوله: (لكن غير نافذة) أفاد أن الأولى نافذة[2]، وقد قال في البحر: أطلقها؛ أي: الأولى تبعاً لأكثر الكتب، وقيدها في النهاية تبعاً للفقيه أبي الليث والتمرتاشي بغير النافذة، ويمكن حمل كلامه عليه لقوله: مثلها غير نافذة اهـ: أي: بناء على أن غير نافذة بيان لوجه المماثلة، وفيه نظر، بل المتبادر أن المماثلة في الطول وغير نافذة حال لبيان قيد زائد فيها على الأولى، وإلا لزم أن لا تكون الثانية مقيدة بكونها طويلة، فيشمل المستديرة، وهو غير صحيح، واستظهر الخير الرملي إطلاق الأولى، إذ لا عبرة بكونها نافذة أو غير نافذة لامتناع مرور أهلها في الثانية مطلقاً، بخلاف المتشعبة كما يأتي.

قلت: لكن في بعض الصور يظهر الفرق في الأولى بين النافذة وغيرها كما تعرفه. قوله: (إلى محل آخر) متعلق بنافذة، والمراد به الطريق العام أو ما يتوصل منه إليه احترازاً عن النافذة إلى سكة أخرى غير نافذة.

مَطْلَبٌ: فِي فَتْحِ بَابٍ آخَرَ لِلدَّارِ

قوله: (عن فتح باب للمرور) قال في فتح القدير: قال بعض المشايخ: لا يمنع من فتح

---

(1) قال الرافعي: قوله: (جدار بينهما ولكل منهما حمولة فوهى الحائط إلخ) انظر ما سيذكره المحشي في دعوى الرجلين عند قول المصنف: وذو بيت من دار كذي بيوت في حق ساحتها.

(2) قال الرافعي: قوله: (أفاد أن الأولى نافذة) بل مفاد التقييد المذكور شمول الأولى للنافذة وغيرها.

لا للاستضاءة والريح. عيني. (في القصوى) الغير النافذة على الصحيح إذ لا حق لهم في المرور، بخلاف النافذة ....

الباب بل من المرور، لأن له رفع كل جداره فكذا له رفع بعضه، والأصح أنه يمنع من الفتح لأنه منصوص عليه في الرواية بنص محمد في الجامع، ولأن المنع بعد الفتح لا يمكن إذ تمكن مراقبته[1] ليلاً ونهاراً في الخروج فيخرج، ولأنه عساه يدعي بعد تركيب الباب وطول الزمان حقاً في المرور، ويستدل عليه بتركيب الباب اهـ. قوله: (لا للاستضاءة والريح) قال العيني بعد حكاية القولين المذكورين: ولكن هذا فيما إذا أراد بفتح الباب المرور فإنه يمنع استحساناً، وإذا أراد به الاستضاءة والريح دون المرور لم يمنع من ذلك، كذا نقله فخر الإسلام عن الفقيه أبي جعفر اهـ.

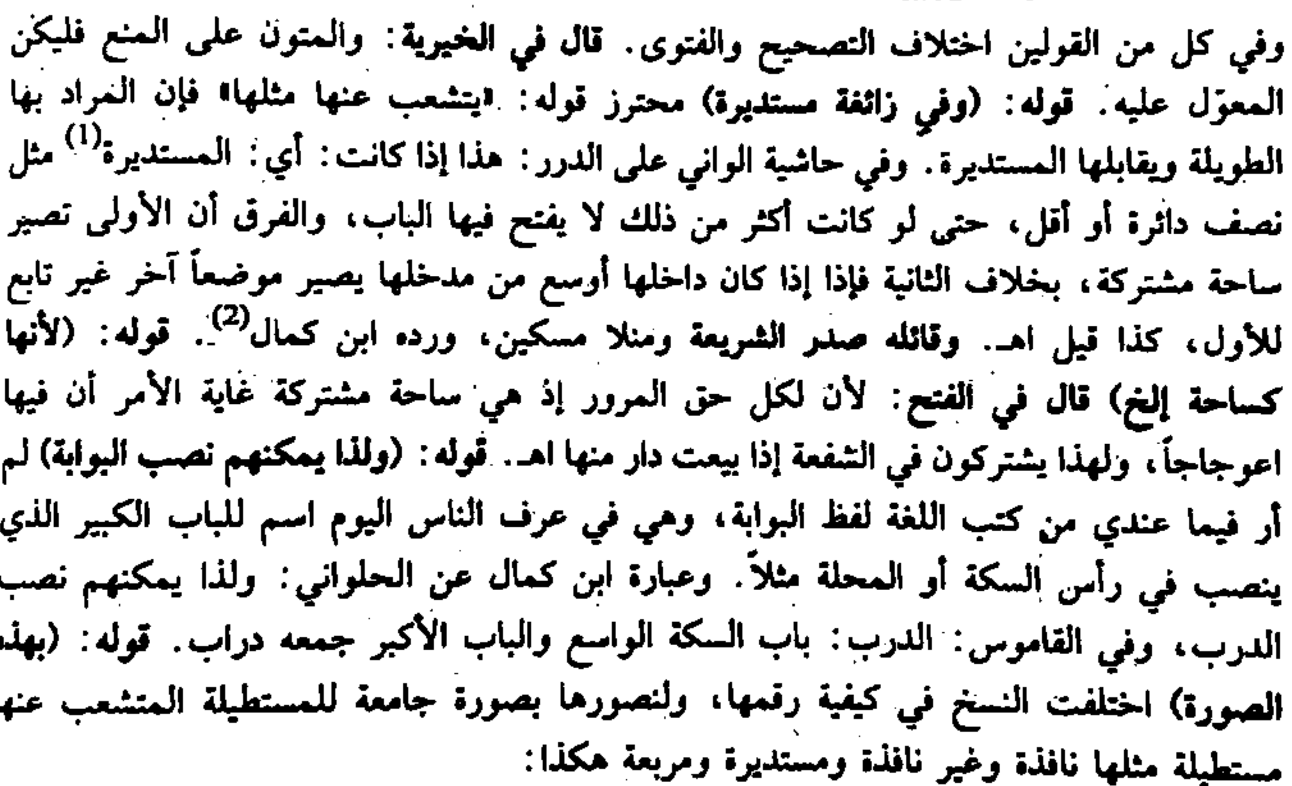
قلت: وهذا إذا كان الباب عالياً لا يصلح للمرور كما يدل عليه التعليل المار، وإلا كان قول بعض المشايخ بعينه، وهو خلاف الأصح، فعلم أن المراد غيره وهو مسألة الطاقة الآتية، فافهم. قوله: (في القصوى) أي: البعدى وهي المتشعبة من الأولى الغير النافذة، أما النافذة فلا منع من الفتح فيها لأن لكل أحد حق المرور فيها. قوله: (على الصحيح) مقابله ما قدمناه آنفاً من القول بأنه لا يمنع من الفتح بل من المرور. قوله: (إذ لا حق لهم في المرور) أي: لا حق لأهل الزائغة الأولى في المرور في الزائغة القصوى، بل هو لأهلها على الخصوص، ولذا لو بيعت دار في القصوى لم يكن لأهل الأولى شفعة فيها[2]، كذا في الفتح: أي: لا شفعة لهم بحق الشركة في الطريق، إذ لو كان جاراً ملاصقاً كان له الشفعة. شرنبلالية. ثم قال في الفتح: بخلاف أهل القصوى، فإن لأحدهم أن يفتح باباً في الأولى لأن له حق المرور فيها اهـ.

قال العلامة المقدسي: هذا إذا فتح في جانب يدخل منه إليها، أما في الجانب الآخر غير النافذ فلا اهـ: وفيه فائدة حسنة يفيدها التعليل أيضاً. وهي أن الزائغة الأولى إذا كانت غير نافذة وأراد واحد من أهل القصوى فتح باب في الأولى له ذلك إن كانت داره متصلة بركن الأولى وكانت من جانب الدخول إلى القصوى، أما لو كانت من الجانب الثاني فلا، إذ لا حق له في المرور في الجانب الثاني، بخلاف ما إذا كانت الأولى نافذة فإن له المرور من الجانبين، فيكون له فتح الباب من الجانب الثاني أيضاً، وبه يظهر الفرق بين كون الأولى نافذة أو لا خلافاً لما مر عن الرملي[3]، والظاهر: أن كلام الفتح مبني على كون الأولى نافذة، وإن حمل على أنها غير نافذة يدعي تخصيصه بغير الصورة المذكورة.

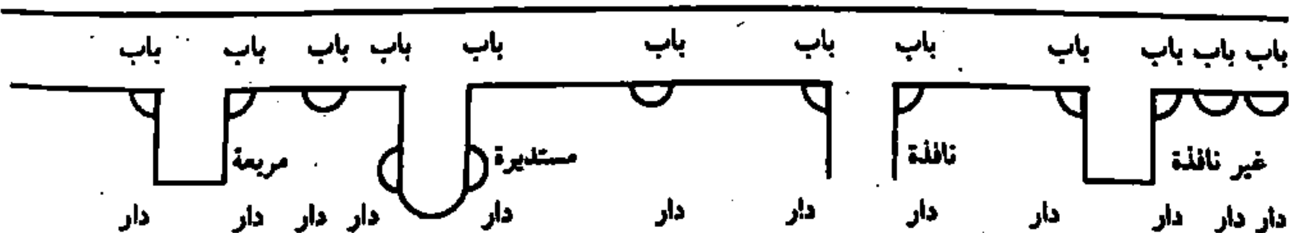
تنبيه: يعلم مما هنا أنه لو أراد فتح باب أسفل من بابه والسكة غير نافذة يمنع منه، وقيل لا،

(1) قال الرافعي: قوله: (إذ تمكن مراقبته) حقه لا تمكن إلخ.
(2) قال الرافعي: قوله: (لم يكن لأهل الأولى شفعة فيها) ولو غير نافذة كما يأتي في الشفعة.
(3) قال الرافعي: قوله: (وبه يظهر الفرق بين كون الأولى نافذة أو لا خلافاً لما مر عن الرملي) كلامه تعميم في مسألة المصنف، وهذه مسألة أخرى لم ينبه المصنف عليها، فصح تعميم الرملي.

(وفي زائغة مستديرة لزق) أي: اتصل **(طرفاها)** أي: نهاية سعة اعوجاجها بالمستطيلة **(لا)** يمنع لأنها كساحة مشتركة في دار، بخلاف ما لو كانت مربعة فإنها كسكة في سكة، ولذا يمكنهم نصب البوابة ابن كمال بهذه الصورة:



وفي كل من القولين اختلاف التصحيح والفتوى. قال في الخيرية: والمتون على المنع فليكن المعوّل عليه. قوله: (وفي زائغة مستديرة) محترز قوله: «يتشعب عنها مثلها» فإن المراد بها الطويلة ويقابلها المستديرة. وفي حاشية الواني على الدرر: هذا إذا كانت: أي: المستديرة[1] مثل نصف دائرة أو أقل، حتى لو كانت أكثر من ذلك لا يفتح فيها الباب، والفرق أن الأولى تصير ساحة مشتركة، بخلاف الثانية فإذا إذا كان داخلها أوسع من مدخلها يصير موضعاً آخر غير تابع للأول، كذا قيل اهـ. وقائله صدر الشريعة ومنلا مسكين، ورده ابن كمال[2]. قوله: (لأنها كساحة إلخ) قال في الفتح: لأن لكل حق المرور إذ هي ساحة مشتركة غاية الأمر أن فيها اعوجاجاً، ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها اهـ. قوله: (ولذا يمكنهم نصب البوابة) لم أر فيما عندي من كتب اللغة لفظ البوابة، وهي في عرف الناس اليوم اسم للباب الكبير الذي ينصب في رأس السكة أو المحلة مثلاً. وعبارة ابن كمال عن الحلواني: ولذا يمكنهم نصب الدرب، وفي القاموس: الدرب: باب السكة الواسع والباب الأكبر جمعه دراب. قوله: (بهذه الصورة) اختلفت النسخ في كيفية رقمها، ولنصورها بصورة جامعة للمستطيلة المتشعب عنها مستطيلة مثلها نافذة وغير نافذة ومستديرة ومربعة هكذا:



---

(1) قال الرافعي: قوله: (وفي حاشية الواني على «الدرر» هذا إذا كانت أي: المستديرة إلخ) ما قاله الواني راجع لما قاله الشارح من التفسير بقوله: أي: نهاية إلخ، فإن القصد به تقييد عموم عبارة المصنف تأمل.

(2) قال الرافعي: قوله: (ورده ابن كمال) عبارة ابن كمال: (وفي مستديرة لزق طرفاها) أي: اتصل

(ولا يمنع الشخص من تصرّفه في ملكه ....

فالدار الثالثة: التي في ركن المتشعبة الغير النافذة لو كان بابها في الطويلة يمنع صاحبها عن فتح الباب في المتشعبة الغير النافذة لأنه ليس له حق المرور فيها، ولو كان بابها في المتشعبة لا يمنع من فتح باب في الأولى الطويلة، وأما الدار الرابعة التي في الركن الثاني لو كان بابها في الطويلة يمنع من فتحه في المتشعبة المذكورة، وكذا لو كان في المتشعبة يمنع من فتحه في الطويلة لأنه ليس له حق المرور في ذلك الجانب، لكن هذا إذا كانت الطويلة غير نافذة، بخلاف النافذة لأن له حق المرور حينئذ من الجانبين كما قلنا فيما مر. وأما الدار الخامسة التي في الركن الأول من المتشعبة الثانية النافذة فلصاحبها فتح باب فيها وفي الطويلة، بخلاف الدار السادسة التي في الركن الثاني من المتشعبة المذكورة فإنه لو كان بابه فيها يمنع من الفتح في الطويلة لو غير نافذة لا لو نافذة لما علمت.

مَطْلَبٌ : اقْتَسَمُوا دَاراً وَأَرَادَ كُل مِنْهُمْ فَتْحَ بَابٍ لَهُمْ ذَلِكَ

تتمة: في منية المفتي من كتاب القسمة: دار في سكة غير نافذة بين جماعة اقتسموها وأراد كل منهم فتح باب وحده ليس لأهل السكة منعهم.

قلت: ينبغي تقييده بما إذا أرادوا فتح الأبواب فيما قبل الباب القديم لا فيما بعده كما قدمناه آنفاً عن الخيرية من التعويل على ما في المتون. نعم على القول الثاني المصحح أيضاً لا تفصيل.

ثم قال في المنية: دار لرجل بابها في سكة غير نافذة فاشترى بجنبها داراً بابها في سكة أخرى له فتح باب لها في داره الأولى لا في السكة الأولى، وبه أفتى أبو جعفر وأبو الليث. وقال أبو نصير: له ذلك[1] لأن أهل السكة شركاء فيها بدليل ثبوت حق الشفعة للكل اهـ ملخصاً.

قلت: الظاهر أنه مبني على الخلاف السابق، والله تعالى أعلم. **قوله**: (ولا يمنع الشخص إلخ) هذه القاعدة تخالف المسألة التي قبلها، فإن المنع فيها من تصرف ذي السفل مطلق عن

= طرفاها (بالمستطيلة)، والمراد بطرفيها نهاية سعتها، ولا يلزم أن تكون مثل نصف دائرة أو أقل دل على ذلك تصوير شمس الأئمة الحلواني حيث قال في كتاب الشفعة من محيطه سكة غير نافذة يبعث فيها دار فأهلها شفعاء، لأنهم شركاء في حقوق المبيع، وإن كان فيها عطف فإن كان مربعاً فأصحاب العطف أولى بما بيع في عطفهم، لأنه بسبب التربيع يصير العطف المربع كالمنفصل عن السكة، لأن هيآت الدور في العطف المربع تخالف هيآت الدور في السكة، فصار العطف المربع بمنزلة سكة أخرى، فصار كسكة في سكة، ولهذا يمكنهم نصب الدرب في أعلاهم، وإن كان العطف مدوراً فالكل سواء لأن العطف المدوّر اعوجاج في بعض السكة، وبذلك لا يصير بمنزلة سكتين، لأن هيئة الدور فيها لا تتغير بسبب الاعوجاج، فكانت سكة واحدة اهـ.

(1) قال الرافعي: قوله: (وقال أبو نصير: له ذلك) أي: الفتح في السكة الأولى على الخلاف السابق إذا فتح في أسفل السكة.

إلا إذا كان الضرر) بجاره ضرراً (بيناً) فيمنع من ذلك، وعليه الفتوى: بزازية. واختاره في العمادية وأفتى به قارىء الهداية، ....

التقييد بكونه مضراً ضرراً بيناً أو لا وهنا المنع مقيد بالضرر البين، ولا سيما على ظاهر الرواية الآتي من أنه لا يمنع مطلقاً. نعم على ما قدمنا من أن المختار المنع في الضرر البين والمشكل تندفع المخالفة(1) على ما مشى عليه المصنف هنا. وقد يجاب بأن المسألة المتقدمة ليست من فروع هذه القاعدة، فإن ما هنا في تصرف الشخص في خالص ملكه الذي لا حق للجار فيه، وما مر في تصرفه فيما فيه حق للجار، فإن السفل وإن كان ملكاً لصاحبه إلا أن لذي العلو حقاً فيه فلذا أطلق المنع فيه، ولذا لو هدم ذو السفل سفله يؤمر بإعادته، بخلاف ما هنا، هذا ما ظهر لي فاغتنمه. قوله: (بيناً) أي: ظاهراً ويأتي بيانه قريباً. قوله: (واختاره في العمادية) حيث قال كما في جامع الفصولين: والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن من تصرف في خالص ملكه لا يمنع منه ولو أضرّ بغيره، لكن ترك القياس في محل يضر بغيره ضرراً بيناً، وقيل بالمنع، وبه أخذ كثير من مشايخنا وعليه الفتوى اهـ.

قلت: قوله: «وقيل بالمنع» عطف تفسير على قوله: «ترك القياس» فليس قولاً ثالثاً. نعم وقع في الخيرية: وقيل بالمنع مطلقاً إلخ، ومقتضاه: أنه قول ثالث بالمنع سواء كان الضرر بيناً أو لا، لكن عزا في الخيرية ذلك إلى التاترخانية والعمادية، وليس ذلك في العمادية كما رأيت، فالظاهر أن لفظ مطلقاً سبق قلم؛ ويدل عليه قوله في الفتح: والحاصل: أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل المالك ما بدا له مطلقاً لأنه متصرف في خالص ملكه، لكن ترك القياس في موضع يتعدى ضرره إلى غيره ضرراً فاحشاً، وهو المراد بالبين وهو ما يكون سبباً للهدم، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية، وهو ما يمنع الحوائج الأصلية كسدّ الضوء بالكلية، واختاروا الفتوى عليه.

فأما التوسع إلى منع كل ضرر ما فيسد باب انتفاع الإنسان بملكه كما ذكرنا قريباً اهـ ملخصاً. فانظر كيف جعل المفتى به القياس(2) الذي يكون فيه الضرر بيناً لا مطلقاً، وإلا لزم أنه لو كانت له شجرة مملوكة يستظل بها جاره وأراد قطعها أن يمنع لتضرر الجار به كما قرره في الفتح قبله:

قلت: وأفتى المولى أبو السعود أن سدّ الضوء بالكلية ما يكون مانعاً من الكتابة، فعلى هذا

(1) قال الرافعي: قوله: (نعم على ما قدمنا من أن المختار المنع في الضرر البين والمشكل تندفع المخالفة إلخ) اندفاع المخالفة بذلك إنما هو على ما جرى عليه الشارح هنا من أن المشكل في حكم ما إذا أضر يقيناً، وسيأتي له منع القياس.

(2) قال الرافعي: قوله: (فانظر كيف جعل المفتى به القياس إلخ) لعل الأنسب أن يقول: ترك القياس في الذي يكون فيه إلخ.

حتى يمنع الجار من فتح الطاقة، وهذا جواب المشايخ استحساناً، وجواب ظاهر الرواية عدم المنع مطلقاً، وبه أفتى طائفة، فالإمام ظهير الدين وابن الشحنة ووالده، ورجحه في الفتح وفي قسمة المجتبى، وبه يفتي واعتمده المصنف ثمة فقال: وقد اختلف الإفتاء، وينبغي أن يعوّل على ظاهر الرواية اهـ.

قلت: وحيث تعارض متنه وشرحه فالعمل على المتون كما تقرر مراراً فتدبر.

قلت: وبقي ما لو أشكل هل يضرّ أم لا؟ وقد حرر محشي الأشباه المنع قياساً على مسألة السفل والعلو أنه لا يتد إذا أضرّ، وكذا إن أشكل على المختار للفتوى كما في الخانية. **قال المحشي:** فكذا تصرفه في ملكه إن أضرّ أو أشكل **(يمنع، وإن لم يضرّ لم يمنع)** **قال:** ولم أر من نبه عليه، فليغتنم فإنه من خواصّ كتابي انتهى.

لو كان للمكان كوّتان مثلاً فسدّ الجار ضوء إحداهما بالكلية لا يمنع إذا كان يمكن الكتابة بضوء الأخرى، والظاهر أن ضوء الباب لا يعتبر لأنه يحتاج لغلقه لبرد ونحوه كما حررته في تنقيح الحامدية. وفي البحر: وذكر الرازي في كتاب الاستحسان: لو أراد أن يبني في داره تنوراً للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين أو رحى للطحن أو مدقات للقصارين لم يجز، لأنه يضر بجيرانه ضرراً فاحشاً لا يمكن التحرز عنه فإنه يأتي منه الدخان الكثير، والرحى والدق يوهن البناء، بخلاف الحمام لأنه لا يضر إلا بالنداوة، ويمكن التحرز عنه بأن يبني حائطاً بينه وبين جاره، وبخلاف التنور المعتاد في البيوت اهـ. وصحح النسفي في الحمام أن الضرر لو فاحشاً يمنع وإلا فلا، وتمامه فيه. قوله: **(حتى يمنع الجار من فتح الطاقة)** أي: التي يكون فيها ضرر بين بقرينة ما قبله، وهو ما أفتى به قارىء الهداية لما سئل: هل يمنع الجار أن يفتح كوة يشرف منها على جاره وعياله؟ فأجاب بأنه يمنع من ذلك اهـ. وفي المنح عن المضمرات شرح القدوري: إذا كانت الكوة للنظر وكانت الساحة محل الجلوس للنساء يمنع، وعليه الفتوى اهـ. قال الخير الرملي: وأقول: لا فرق بين القديم والحديث حيث كانت العلة الضرر البين لوجودها فيهما. قوله: **(ورجحه في الفتح)** حيث قال: والوجه لظاهر الرواية. قوله: **(ثمة)** أي: في كتاب القسمة في المنح. قوله: **(فالعمل على المتون)** قد يقال: إن هذا لا يقال في كل متن مع شرح بل هذا في نحو المتون القديمة ط: أي: وهذه المسألة ليست من مسائل، ويظهر من كلام الشارح الميل إلى ما مشى عليه المصنف في متنه لأنه أرفق بدفع الضرر البين عن الجار المأمور بإكرامه، ولذا كان هو الاستحسان الذي مشى عليه مشايخ المذهب المتأخرين وصرحوا بأن الفتوى عليه.

والحاصل: أنهما قولان معتمدان يترجح أحدهما بما ذكرنا، والآخر بكونه أصل المذهب. قوله: **(قياساً على مسألة السفل إلخ)** أقول: هذا غير مسلم لأنه مخالف لكلامهم مع أنه قياس مع

....

الفارق، وذلك أنك علمت أن أصل المذهب في مسألتنا عدم المنع مطلقاً لكونه تصرفاً في خالص ملكه، وخالف المشايخ أصل المذهب فيما إذا كان الضرر بيناً، ولا يخفى أن التقييد بالبين مخرج للمشكل، فالقول بمنع المشكل مخالف للقولين، وقياسه على المشكل في مسألة السفل غير صحيح، لأن المتون الموضوعة لنقل المذهب ماشية على منع التصرف فيها عكس مسألتنا. وذكر بعض المشايخ أن المختار تقييد المنع بالمضرّ أو المشكل، وما ذاك إلا لكونه تصرفاً فيما للجار فيه حق وهو صاحب العلو فالأصل فيه عدم جواز التصرف إلا بإذنه، بخلاف مسألتنا فإن الأصل فيها الجواز لكونه تصرفاً في خالص حقه، فإلحاق المشكل فيها بالمشكل في الأولى غير صحيح، فافهم.

وهذا آخر ما حرره المؤلف بخطه من هذا الجزء وأما بقية الأجزاء فتممها بنفسه قبل حلول رمسه فبادر نجله السعيد السيد محمد علاء الدين إلى تكملة الجزء المذكور بتجريد الهوامش التي بخط والدهِ وغيرّها على الشرح فقال:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

بالميل لبابك يجبر ثلم القلوب، وبالترقب لهبوب نسمات منحك يضرب على صفحات ثقب العيوب، يا من بصر بعظيم قدرته العباد، وقهرهم بها فلا يكون إلا ما أراد، فنحمده بالحمد اللائق، ونشكره على آلائه بالشكر الفائق، ونصلي ونسلم على رسوله محمد المكمل لأمته، وعلى آله وصحبه ومن لهج بدعوته.

وبعد، فإن العالم العامل والعلامة الكامل، وحيد الدهر، وفريد العصر، سيد الزمان، وسعد الأقران، يعسوب العلماء العاملين، ومرجع الجهابذة الفاضلين، ومؤلف هذه الحاشية المرحوم سيدي وأستاذي ووالدي السيد محمد أفندي عابدين، سقىَ اللَّه ثراه صوب الغفران، وجمعنا وإياه في مستقر رحمته، وأسكننا بحبوحة جنته، لما وصل إلى هذا المحل من الكتاب اشتاق إلى مشاهدة رب الأرباب، فنزل حياض المنون، وآثر الجدث الذي ليس بمسكون. وكان رَحِمَهُ اللَّهُ بدأ أولاً في التأليف من الإجرة إلى الآخر، ثم من أول الكتاب إلى انتهاء هذا التحرير الفاخر، وترك على نسخته الدرّ بعض تعليقات وتحريرات واعتراضات قد كاد تداول الأيدي أن يذهبها لعدم من يذهبها مذهبها. فأردت أن أجرد ما كتبه والدي على نسخته وألحقه بمسودته من غير زيادة عليه خوف الغلط ونسبته إليه. وإن رأيت حاشية ليست من خطه أنبه عليها بقولي: كذا أو ذكر أو في أوقاله في الهامش لعلمي بأنه أقرها وإلا شطبت عليها، ومع هذا يلزم التنبيه كما ترى، واللَّه يعلم ويرى، ومنه أطلب الإعانة والتوفيق لأقوم طريق.

(ادعى) على آخر **(هبة)** مع قبض **(في وقت فسئل)** المدعي **(بينة فقال: قد جحدنيها)** أي: الهبة **(فاشتريتها منه أو لم يقل ذلك)** أي: جحدنيها، ومفاده الاكتفاء بإمكان التوفيق، وهو مختار شيخ الإسلام من أقوال أربعة، واختار الخجندي أنه يكفي من المدعي عليه لا من المدعي لأنه مستحق وذاك دافع، والظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق. بزازية **(فأقام بينة على الشراء بعد وقتها)** أي: وقت الهبة **(تقبل في الصورتين وقبله لا)** لوضوح التوفيق في الوجه الأول وظهور التناقض في الثاني، ولو

قال رَحِمَهُ اللَّهُ: ونفعنا به ورضي عنه آمين. **قوله: (ادعى على آخر إلخ) قال قاضيخان**: ادعى على رجل أنه أخذ منه مالاً[1] وبين المال ووصفه وأقام المدعى عليه البينة على إقرار المدعي أنه أخذ فلان آخر هذا المال المسمى فأنكر المدعي ذلك لم تقبل منه هذه البينة[2] ولا يكون ذلك إبطالاً لدعوى الأول، لأن من حجة الأول أن يقول أخذه مني فلان آخر ثم رده عليّ وأخذه مني هذا المدعى عليه بعد ذلك اهـ. كذا في الهامش. **قوله: (ومفاده)** أي: مفاد قوله: «أو لم يقل ذلك» ح. **قوله: (بإمكان التوفيق)** نقل في البحر: إن هذا هو القياس، والاستحسان أن التوفيق بالفعل شرط. **قال الرملي**: وجواب الاستحسان هو الأصح كما في منية المفتي. **قوله: (وهو مختار إلخ)** قيده في البحر في فصل الفضولي بأن لا يكون ساعياً في نقض ما تم من جهته[3] فراجعه. **قوله: (من أقوال أربعة)** وهي كفاية إمكان التوفيق مطلقاً، وعدم كفايته مطلقاً، وكفايته من المدعى عليه لا من المدعي، وكفايته إن اتحد وجه التوفيق لا إن تعددت وجوهه ح، كذا في الهامش. **قوله: (بعد وقتها)** ظرف للشراء كقبله ح. **قوله: (في الصورتين)** يعني ما إذا قال: جحدنيها أو لم يقل ح. **قوله: (في الثاني)** لأنه يدعي الشراء بعد الهبة وشهوده يشهدون له به قبلها، وهو تناقض ظاهر لا يمكن التوفيق بينهما، ومرادهم بين الدعوى والبينة[4]، وإلا فالمدعي

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (قال قاضيخان ادّعى على رجل أنه أخذ منه مالاً إلخ)** تتمة عبارته: وإن شهد شهود المدعى عليه أن المدعي أقر أن فلاناً آخر وكيل المدعى عليه أخذ مني هذا المال كان ذلك إكذاباً لبينته وتبطل دعواه اهـ.

(2) **قال الرافعي: قوله: (لم تقبل منه هذه البينة)** يظهر على القول بأن إمكان التوفيق كاف، وما في «البزازية» يدل على صحة الدعوى اتفاقاً.

(3) **قال الرافعي: قوله: (بأن لا يكون ساعياً في نقض ما تم من جهته)** وذلك كأن اشتري شيئاً من غير مالكه، ثم ادّعى عدم الأمر وأنكر الآخر، فالقول لمدعي الأمر لا للآخر لتناقضه مع إمكان التوفيق بأن يكون قدم على الشراء ولم يعلم بإقرار البائع بعدم الأمر، ثم علم من إخبار العدول أنه أقر بذلك قبل البيع «بحر».

(4) **قال الرافعي: قوله: (ومرادهم بين الدعوى والبينة)** وفي الزيلعي ما يوافقه حيث قال: لأنه يدعي الشراء بعد الهبة وشهوده يشهدون به قبلها، وهذا تناقض ظاهر لا يمكن التوفيق بينهما اهـ، لكن =

لم يذكر لهما تاريخاً أو ذكر لأحدهما تقبل[1] لإمكان التوفيق بتأخير الشراء، وهل يشترط كون الكلامين عند القاضي أو الثاني فقط؟ خلاف، وينبغي ترجيح الثاني. بحر. لأن به التناقض والتناقض يرتفع بتصديق الخصم وبقول المتناقض تركت الأول وأدعى بكذا أو بتكذيب الحاكم، وتمامه في البحر، وأقره المصنف (كما لو ادعى

لا تناقض منه، لأنه ما ادعى الشراء سابقاً على الهبة. قوله: (وينبغي ترجيح الثاني إلخ) ولعل وجهه أنه الذي يتحقق به التناقض. منح. وفي النهر من باب الاستحقاق. والأوجه عندي اشتراطهما عند الحاكم إذ من شرائط الدعوى كونها لديه اهـ. وفي شرح المقدسي: ينبغي أن يكفي أحدهما عند القاضي بل يكاد أن يكون الخلاف لفظياً، لأن الذي حصل سابقاً على مجلس القاضي لا بد أن يثبت عنده ليترتب على ما عنده حصول التناقض، والثابت بالبيان كالثابت بالعيان فكأنهما في مجلس القاضي، فالذي شرط كونهما في مجلسه يعم الحقيقي والحكمي في السابق واللاحق انتهى، وهو حسن[2]. قوله: (أو بتكذيب الحاكم) كما لو ادعى أنه كفل له عن مديونه بألف فأنكر الكفالة وبرهن الدائن أنه كفل عن مديونه وحكم به الحاكم وأخذ المكفول منه المال ثم إن الكفيل ادعى على المديون أنه كفل عنه بأمره وبرهن على ذلك يقبل عندنا ويرجع على المديون بما كفل، لأنه صار مكذباً شرعاً بالقضاء، كذا في المنح ح. قوله: (وتمامه في البحر) عبارة البحر في الاستحقاق أولى، وهي إذا قال: تركت أحد الكلامين يقبل منه لأنه استدل له بما في البزازية عن الذخيرة: أدعاه مطلقاً فدفعه المدعى عليه بأنك كنت أدعيته قبل هذا مقيداً وبرهن عليه فقال المدعي: أدعيه الآن بذلك السبب وتركت المطلق يقبل ويبطل الدفع اهـ. فإن المتروك الثانية لا الأولى، ومع هذا نظر فيه صاحب النهر هناك. وقد يقال

= جعل في «العناية» التناقض من وجهين الأول ما ذكره في «البحر» والثاني من حيث الدعوى نفسها إن ثبت موجب الشهادة، وهو تقدم وقت الشراء على وقت الهبة، لأنه يكون قائلاً: وهب لي هذه الدار وكانت ملكي بالشراء وقت الهبة، فكيف يثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشراء؟ اهـ فعلى هذا يكون التناقض بين كلامي المدعي أحدهما دعوى الهبة صراحة، والثاني دعوى الشراء الثابت بموجب الشهادة، وقال سري الدين في حواشي «العناية» في صورة ما إذا شهدت بالشراء بعد الهبة، ولم يقل: جحدنيها: إن دعواه الشراء ثابت بموجب الشهادة بدون صريح الدعوى اهـ، لكن قال: إن قبول الشهادة بدون صريح الدعوى محل إشكال اهـ ويدفع هذا الإشكال بوجود الدعوى بموجب الشهادة وإن لم توجد صراحة بناء على الاكتفاء بإمكان التوفيق.

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (ولو لم يذكر لهما تاريخاً أو ذكر لأحدهما تقبل) ذكره العيني بلفظ: ينبغي، وجزم به الشارح لظهور وجهه أو رآه منقولاً، وعبارة «البحر» كعبارة الشارح.

(2) قال الرافعي: قوله: (وهو حسن) ما قاله المقدسي من التعليل يفيد أيضاً أنه لا يشترط وجود أحدهما لديه، بل يكفي ثبوتهما لدية، وإن لم يوجد شيء منهما بين يديه.

أولاً أنها) أي: الدار مثلاً (وقف عليه ثم ادعاها لنفسه أو ادعاها لغيره ثم) ادعاها (لنفسه) لم تقبل للتناقض وقيل تقبل إن وفق[1] بأن قال: كان لفلان ثم اشتريته. درر في أواخر الدعوى. قال: (ولو ادعى الملك) لنفسه (أولاً ثم) ادعى (الوقف) عليه (تقبل كما لو ادعاها لنفسه ثم لغيره) فإنه يقبل.

(ومن قال لآخر: اشتريت مني هذه الجارية وأنكر) الآخر الشراء جاز (للبائع أن يطأها إن ترك) البائع (الخصومة) واقترن تركه بفعل يدل على الرضا بالفسخ كإمساكها ونقلها لمنزله، لما تقرر أن (جحود) جميع العقود (ما عدا النكاح فسخ) فللبائع ردها بعيب قديم لتمام الفسخ بالتراضي. عيني. أما النكاح فلا يقبل الفسخ أصلاً (فـ)ـلذا (لو جحد أنه تزوجها ثم ادعاه وبرهن)[2] على النكاح (يقبل) برهانه (بخلاف البيع) فإنه إذا أنكره ثم ادعاه لا يقبل لانفساخه بالإنكار، بخلاف النكاح.

ذلك القول توفيق بين الدعوتين. تأمل. وذكر سيدي الوالد في باب الاستحقاق تأييد ما في النهر. وقال في الخانية: رجل ادعى ملكاً بسبب ثم ادعاه بعد ذلك ملكاً مطلقاً فشهد شهوده بذلك. ذكر في عامة الروايات أنه لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته. قال مولانا رضي الله تعالى عنه: قال جدي شمس الأئمة رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى: لا تقبل بينته ولا تبطل دعواه حتى لو قال: أردت بهذا الملك المطلق الملك بذلك السبب تسمع دعواه وتقبل بينته اهـ. قوله: (عليه) كذا في المنح ولم يذكره في البحر، وكأنه أخذه من قاعدة إعادة النكرة معرفة فيكون المراد به الوقف المار. قيل وعليه فلا يظهر التوفيق لأنه تناقض ظاهر، ويمكن جريانه على مذهب الثاني القائل بصحة وقفه على نفسه انتهى. ولا يخفى عليك ما فيه. وفي البحر من فصل الاستحقاق: ولو ادعى أنها له ثم ادعى أنها وقف عليه تسمع لصحة الإضافة[3] بالأخصية انتفاعاً. قوله: (أن يطأها) أي: بعد الاستبراء إن كانت في يد المشتري. أبو السعود عن الحموي عن الجلبي بحثاً. قوله: (فللبائع ردها) قيده في النهاية بأن يكون بعد تحليف المشتري، إذ لو كان قبله فليس له الرد على بائعه لاحتمال نكول المدعى عليه فاعتبر بيعاً جديداً في حق ثالث، وقيده الشارح بأن يكون بعد القبض، أما قبله

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (وقيل: تقبل إن وفق) لا يظهر وجه التعبير بقيل، بل هو محل اتفاق.

(2) قال الرافعي: قول المصنف: (ثم ادّعاه برهن) مقتضى ما يأتي نقله عن «البحر» أنه يكفي الرجوع للتصديق بلا حاجة للبرهان.

(3) قال الرافعي: قوله: (تسمع لصحة الإضافة إلخ) الأظهر في وجه السماع هنا أنه وإن كان متناقضاً إلا أنه لم يبطل حق أحد بهذا التناقض، بل أبطل حق نفسه، بخلاف ما لو ادّعى الوقف أوّلاً لغيره، ثم لنفسه لإبطاله حق غيره، وفي «نور العين» ادّعى إرثاً وقال: لا وارث له غيري، ثم ادعى أن معه وارثاً آخر تسمع دعوى الإرث، إذ التناقض على نفسه لا يمنع صحة الدعوى اهـ.

(أقرّ بقبض عشرة) دراهم (ثم ادعى أنها زيوف) أو نبهرجة (صدق) بيمينه لأن اسم الدراهم يعمها، بخلاف الستوقة لغلبة غشها (و) لذا (لو ادعى أنها ستوقة لا) يصدق (إن) كان البيان (مفصولاً وصدق لو) بين (موصولاً) نهاية، فالتفصيل في المفصول لا في الموصول (ولو أقرّ بقبض الجياد لم يصدق مطلقاً) ولو موصولاً للتناقض (ولو أقرّ أنه قبض حقه أو) قبض (الثمن أو استوفى) حقه (صدق في دعواه الزيافة لو) بين (موصولاً وإلا لا) لأن قوله: جياد مفسر فلا يحتمل التأويل، بخلاف غيره لأنه ظاهر أو نص فيحتمل التأويل. ابن كمال.

(أقر بدين ثم ادّعى أن بعضه قرض وبعضه ربا) وبرهن عليه (قبل) برهانه قنية عن علاء الدين، وسيجيء في الإقرار (قال الآخر: لك عليّ ألف) درهم (فرده) المقر له

فينبغي أن له الرد مطلقاً لكونه فسخاً من كل وجه في غير العقار إلا بعد حلفه فيجب تقييد الكتاب. بحر. قوله: (أقر إلخ) للإمام الطرسوسي تحقيق في هذه المسألة فراجعه في أنفع الوسائل. قوله: (زيوف) ما يرده بيت المال. قوله: (نبهرجة) ما يرده التجار: قال في القاموس في فصل النون: النبهرجة: الزيف الرديء اهـ. وفي المغرب: النبهرج: الدرهم الذي فضته رديئة، وقيل الذي الغلبة فيه للفضة، وقد استعير لكل رديء باطل، ومنه بهرج دمه: إذا أهدر وأبطل، وعن اللحياني درهم نبهرج، ولم أجده بالنون إلا له اهـ. وهو مخالف لما في القاموس مع أنه المشهور. قوله: (أو استوفى) الاستيفاء عبارة عن قبض الحق بالتمام. سعدية وابن كمال. قوله: (لأنه ظاهر) راجع للأولى وهي قبض الحق أو الثمن، والظاهر ما احتمل غير المراد احتمالاً بعيداً، والنص يحتمله احتمالاً أبعد دون المفسر لأنه لا يحتمل غير المراد أصلاً. قوله: (أو نص) راجع للثانية وهو قوله: «أو استوفى». قوله: (قبل برهانه) لأنه مضطر وإن تناقض. قنية. قوله: (فرده إلخ) حاصل مسائل رد الإقرار بالمال أنه لا يخلو إما أن يرده مطلقاً أو يرد الجهة التي عينها المقرّ ويحوّلها إلى أخرى أو يرده لنفسه ويحوله إلى غيره، فإن كان الأول بطل، وإن كان الثاني، فإن لم يكن بينهما منافاة وجب المال كقوله: له ألف بدل قرض فقال: بدل غصب، وإلا بطل[1] كقوله: ثمن عبد لم أقبضه وقال: قرض أو غصب ولم يكن العبد في يده[2] فيلزمه الألف صدقه في الجهة أو كذبه عند الإمام، وإن كان في يده فالقول للمقرّ في يده[3]، وإن

(1) قال الرافعي: قوله: (وإلا بطل) عبارة «البحر»: وإن كان بينهما منافاة كأن قال: ثمن عبد لم أقبضه، وقال قرض أو غصب، ولم يكن العبد في يده لزمه الألف صدقه في الجهة أو كذبه عند الإمام، وإن كان في يد المدعي فالقول للمقر في يده.

(2) قال الرافعي: قوله: (ولم يكن العبد في يده إلخ) ضمير يده فيهما عائد للمدعي كما يعلم من عبارة «البحر» و«المنية».

(3) قال الرافعي: قوله: (فالقول للمقر في يده) لا حاجة لذكر قوله: في يده.

(ثم صدقه) في مجلسه (فلا شيء عليه) للمقر له إلا بحجة أو إقرار ثانياً، وكذا الحكم في كل ما فيه الحق الواحد.

(ومن ادعى على آخر مالاً فقال) المدعى عليه: (ما كان لك عليّ شيء ...

كان الثالث نحو: ما كانت لي قط لكنها لفلان، فإن صدقه فلان تحول إليه وإلا فلا، وإن كان بطلاق أو عتاق أو ولاء أو نكاح أو وقف أو نسب أو رقّ لم يرتد بالرد فقال: الإقرار يرتد برد المقر له إلا في هذه. ذكر مجموع ذلك في البحر، وفيه اختصار أوضحته في حاشيته[1]. قوله: (في مجلسه) وفي غيره بالأولى. قوله: (إلا بحجة) كيف تقبل حجته وهو متناقض في دعواه. تأمل في جوابه. سعدية. واستشكله في البحر أيضاً، ونقل خلافه عن البزازية حيث قال: في يده عبد فقال لرجل: هو عبدك فرده المقر له ثم قال: بل هو عبدي وقال المقر: هو عبدي فهو لذي اليد المقر، ولو قال ذو اليد الآخر: هو عبدك فقال: بل هو عبدك ثم قال الآخر: بل هو عبدي وبرهن لا يقبل للتناقض اهـ. وهذا يخالف ما في الهداية من أنه لا بد من الحجة فإنه يقتضي سماع الدعوى اهـ. قوله: (لواحد) بخلاف ما لو قال: اشتريت وأنكر له أن يصدقه لأن أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ فلا ينفرد بالعقد[2]، والمعنى أنه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق أما المقر له فينفرد برد الإقرار فافترقا، كذا في الهداية.

فالحاصل: أن كل شيء يكون الحق لهما جميعاً إذا رجع المنكر إلى التصديق قبل أن يصدقه الآخر على إنكاره فهو جائز كالبيع والنكاح، وكل شيء يكون فيه الحق لواحد كالهبة والصدقة والإقرار لا ينفعه إقراره بعده كما في القنية. بحر. س. قوله: (ما كان لك) انظر لو لم يذكر لفظ «كان»[3] وانظر ما سنذكره قريباً عند واقعة سمرقند فإنه يفيد الفرق بين الماضي

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وفيه اختصار أوضحته في حاشيته) حيث قال: عبارة «المنية»، هكذا وإن كان بينهما منافاة بأن قال المدعى عليه ثمن عبد باعنيه إلا أني لم أقبضه، وقال المدعي: بدل قرض أو غصب، فإن لم يكن العبد في يد المدعي بأن أقر المدعى عليه ببيع عبد لا بعينه، فعند الإمام يلزمه الألف صدقه المدعي في الجهة أو كذبه، ولا يصدق في قوله: لم أقبضه وإن وصل، وإن كان في يد المدعي بأن كان المقر عين عبداً، فإن صدقه المدعي يؤمر بأخذه وتسليم العبد إلى المقر كذا إذا قال: العبد له، ولكن هذه الألف عليه من غير ثمن هذا العبد، وإن كذبه وقال: العبد لي وما بعته وإنما لي عليه بسبب آخر من بدل قرض أو غصب، فالقول للمقر مع يمينه بالله: ما لهذا عليه ألف من غير ثمن هذا العبد اهـ.

(2) قال الرافعي: قوله: (فلا ينفرد بالعقد) أصله كما لا ينفرد بالعقد.

(3) قال الرافعي: قوله: (انظر لو لم يذكر لفظ كان) إذا لم يذكره يكون الحكم كذلك بالأولى فإن توهم التناقض إنما هو مع ذكرها، ثم رأيت في «الزبدة» ما نصه: وكذا إذا قال: ليس لك عليّ شيء قط لأن التوفيق أظهر، لأنه يقول: ليس لك عليّ شيء في الحال فإني قضيت أو أبرأتني، وفي الزيلعي: كما لو قال ليس لك عليّ شيء لأن التوفيق فيه أظهر لأنه للحال اهـ.

قط فبرهن المدعي على) أن له عليه **(ألف وبرهن)** المدعى عليه **(على القضاء)** أي: الإيفاء **(أو الإبراء ولو بعد القضاء)** أي: الحكم بالمال إذ الدفع بعد قضاء القاضي صحيح، إلا في المسألة المخمسة كما سيجيء ....

والحال[1]. **قوله: (قط)** لا فرق بين أن يؤكد النفي بكلمة قط أو لا. بحر. **قوله: (على إلخ)** الأصوب أن يقول: «على ألف له عليه» فافهم، وفي بعض النسخ: «على أنه له عليه ألف». **قوله: (على القضاء)** أي: الإيفاء قيد بدعوى الإيفاء بعد الإنكار: إذ لو ادعاه بعد الإقرار بالدين، فإن كان كلا القولين في مجلس واحد لم يقبل للتناقض، وإن تفرقا عن المجلس ثم ادعاه وأقام البينة على الإيفاء بعد الإقرار تقبل لعدم التناقض، وإن ادعى الإيفاء قبل الإقرار لا يقبل، كذا في خزانة المفتين. بحر. **قوله: (إلا في المسألة المخمسة)** كأودعنيه فلان أو آجرنيه أو ارتهنته أو غصبته منه أو قال: أخذت هذه الأرض مزارعة من فلان أو هذا الكرم معاملة منه سميت مخمسة لأن فيه خمسة أقوال.

قال في البحر: وهذه مخمسة كتاب الدعوى لأن صورها خمسة: وديعة، وإجارة، وإعارة، ورهن وغصب. أو لأن فيه خمسة أقوال للعلماء. **الأول:** ما في الكتاب، وهو أنه تندفع خصومة المدعي لأن البينة أثبتت أن يده ليست بيد خصومة وهو قول أبي حنيفة. **الثاني:** قول أبي يوسف، واختاره في المختارات، المدعى عليه إن كان صالحاً فكما **قال الإمام:** وإن معروفاً بالجبر لم تندفع عنه لأنه قد يدفع ماله إلى مسافر يرده إياه ويشهد فيحتال لإبطال حق غيره فإذا اتهمه به القاضي لا يقبله. **الثالث: قول محمد:** إن الشهود إذا قالوا: نعرفه بوجهه فقط لا تندفع، فعنده لا بد من معرفته بالوجه والاسم والنسب. وفي البزازية تعويل الأئمة على **قول محمد:** وفي العمادية: لو قالوا: نعرفه باسمه ونسبه لا بوجهه لم يذكر في شيء من الكتب وفيه قولان، وعند الإمام لا بد أن يقول: نعرفه باسمه ونسبه وتكفي معرفة الوجه، واتفقوا على أنهم لو قالوا: أودعه رجل لا نعرفه لم تندفع. **الرابع: قول ابن شبرمة:** إنها لا تندفع عنه مطلقاً لأنه تعذر إثبات الملك لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه. **قلنا:** مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت، ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فثبت، وهو كالوكيل بنقل المرأة وإقامة البينة على الطلاق. **الخامس: قول ابن أبي ليلى:** تندفع بدون بينة لإقراره بالملك للغائب، وقلنا: إنه صار خصماً بظاهر يده فهو بإقراره يريد أن يحوّل حقاً مستحقاً على نفسه فلا يصدق إلا بحجة، كما لو ادعى تحول الدين من ذمته إلى ذمة غيره اهـ. **قوله: (كما سيجيء)** في فصل رفع

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (فإنه يفيد الفرق بين الماضي والحال)** الفرق ظاهر بين الماضي والحال في واقعة سمرقند لا في هذه المسألة فإن ما ذكره الشارح من التوفيق إنما هو للماضي وعلمت أن الحال كذلك بالأولى، ففرق بين المسألتين.

(قبل) برهانه لإمكان التوفيق، لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعاً للخصومة، وسيجيء في الإقرار أنه لو برهن على قول المدعي: أنا مبطل في الدعوى أو شهودي كذبة أو ليس لي عليه شيء صح الدفع إلى آخره، وذكره في الدرر قبيل الإقرار في فصل الاستشراء (كما) يقبل (لو ادعى القصاص على آخر فأنكر) المدعى عليه (فبرهن المدعي) على القصاص (ثم برهن المدعى عليه على العفو أو) على (الصلح عنه على مال[1]، وكذا في دعوى الرق) بأن ادعى عبودية شخص فأنكر فبرهن المدعي ثم برهن العبد أن المدعي أعتقه يقبل إن لم يصالحه؛ ولو ادعى الإيفاء ثم صالحه قبل برهانه على الإيفاء بحر. وفيه: برهن أن له أربعمائة ثم أقر أن عليه للمنكر ثلاثمائة سقط عن المنكر ثلاثمائة، وقيل لا وعليه الفتوى. ملتقط. وكأنه لأنه لما كان المدعى عليه جاحداً فذمته غير مشغولة في زعمه، فأين تقع المقاصة؟ والله تعالى أعلم. (وإن زاد) كلمة (ولا أعرفك ونحوه) كما رأيتك (لا) يقبل لتعذر التوفيق، وقيل يقبل لأن المحتجب أو المخدرة قد يتأذى بالشغب على بابه فيأمر بإرضاء الخصم ولا يعرفه ثم يعرفه حتى لو كان ممن يعمل بنفسه لا يقبل. ....

الدعاوى من كتاب الدعوى ح. قوله: (قبل برهانه) انظر لو برهن على إيفاء البعض[2] فقد صارت حادثة الفتوى. قوله: (في فصل الاستشراء) وفيه فوائد جمة فراجعه، والاستشراء: طلب شراء شيء. قوله: (إن لم يصالحه) محل هذه المسألة عند قوله[3]: «ومن ادعى على آخر مالاً» قال في البحر: وقيد بكون المدعى عليه لم يصالح لسكوته عنه والأصل العدم. أما إذا أنكر فصالحه على شيء ثم برهن على الإيفاء أو الإبراء لم تسمع دعواه، كذا في الخلاصة ح. قوله: (وكأنه إلخ) من كلام صاحب المنح. قوله: (فأين) الواقع في المنح فأنى. قوله: (وإن زاد) أي: على قوله فيما تقدم: مالك على شيء. قوله: (وقيل) ذكره القدوري عن أصحابنا بحر. قوله: (لأن المحتجب) أي: من الرجال. والمحتجب: من لا يتولى الأعمال بنفسه، وقيل: من لا يراه كل أحد لعظمته. بحر. قوله: (حتى لو كان) أي: المدعى عليه، فرّع هذا على ذلك القول في النهاية تبعاً

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (أو الصلح عنه على مال) سيأتي أن طلب الصلح والإبراء عن الدعوى لا يكون إقراراً بخلاف طلب الصلح عن المال، فإنه إقرار أشباه، فكل من الصلح عن القصاص والعفو، وإن تضمن الإقرار بالقتل إلا أن التوفيق ممكن بنحو ما ذكر.

(2) قال الرافعي: قوله: (انظر لو برهن على إيفاء البعض) التعليل بأن غير الحق قد يقضي يفيد عدم الفرق بين البرهان على إيفاء الكل أو البعض تأمل.

(3) قال الرافعي: قوله: (محل هذه المسألة عند قوله إلخ) ولا يقال: يمكن تأتي ما قاله في «الخلاصة» في مسألة دعوى العتق لأنه مما يعفى فيه التناقض، وانظر المسألة في الصلح، والظاهر أن الإبراء كذلك لأنه مما يعفى فيه التناقض أيضاً.

نعم لو ادعى إقرار المدعى عليه بالوصول أو الإيصال صح. درر في آخر الدعوى، لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار (أقرّ ببيع عبده) من فلان (ثم جحده صح) لأن الإقرار بالبيع بلا ثمن باطل إقرار. بزازية.

(ادعى على آخر أنه باعه أمته) منه (فقال) الآخر: (لم أبعها منك قط فبرهن) المدعي (على الشراء) منه (فوجد) المدعي (بها عيباً) وأراد ردها (فبرهن البائع أنه

لقاضيخان. وفي إيضاح الإصلاح: وفيه نظر، لأن مبنى إمكان التوفيق على أن يكون أحدهما ممن لا يتولى الأعمال بنفسه لا المدعى عليه بخصوصه انتهى. ودفعه ظاهر[1] لأن الكلام كله في تناقض المدعى عليه لا المدعي. بحر. قوله: (نعم لو ادعى إلخ) قال في الدرر عن القنية: المدعى عليه قال للمدعي: لا أعرفك، فلما ثبت الحق بالبينة ادعى الإيصال لا تسمع، ولو ادعى إقرار المدعي بالوصول أو الإيصال تسمع اهـ. قال في البحر: لأن المتناقض هو الذي يجمع بين كلامين وهنا لم يجمع، ولهذا لو صدقه المدعي عياناً لم يكن متناقضاً، ذكره التمرتاشي انتهى، وتمامه فيه، وهو أحسن مما علل به الشارح[2]، وبه ظهر أن قول الشارح: إقرار المدعى عليه صوابه المدعي، إلا أنه يقرأ المدعي بصيغة المبني للفاعل. تأمل. قوله: (لأن الإقرار إلخ) فيه أن الإقرار بالبيع إقرار بركنيه لأنه مبادلة مال بمال، إلا أن يحمل على أنه أقر بالبيع بلا مال. تأمل. قال في المبسوط: شهدا على إقرار البائع ولم يسميا الثمن ولم يشهدا بقبض الثمن لا تقبل، وإن قالا: أقر عندنا أنه باعه منه واستوفى الثمن ولم يسميا الثمن جاز. وفي مجمع الفتاوى: شهدا أنه باع وقبض الثمن جاز وإن لم يبينوا الثمن، وكذا لو شهدا بإقرار البائع أنه باعه وقبض الثمن اهـ. وقال في الخلاصة: شهدوا على البيع بلا بيان الثمن، إن شهدوا على قبض الثمن تقبل، وكذا لو بين أحدهما وسكت الآخر[3] اهـ. نور العين في أوائل الفصل السادس. وانظر ما سنذكره في كتاب الشهادات وفي باب الاختلاف فيها. قوله: (أمته منه) لا حاجة إلى قوله: «منه» لأن ضمير «باعه» يغني عنه ح.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ودفعه ظاهر) فيه نظر، فإن تناقض المدعى عليه يندفع بكونه متحجباً أو المدعي، فالوجه ما في الإصلاح.

(2) قال الرافعي: قوله: (وهو أحسن مما علل به الشارح) بل الأحسن ما صنعه الشارح، وذلك أنه لا بد أن يدعي الإيصال، وأنه أقر به فقد جمع بين كلامين متنافيين، فيقال في تصحيح دعواه: إنه لا يمنع صحة الإقرار، وانظر ما سبق في الاستحقاق.

(3) قال الرافعي: قوله: (وكذا لو بين أحدهما وسكت الآخر) عزاها «العدّة المفتين» للنسفي في «نور العين» ولم يظهر وجه القبول فيها، ولتنظر عبارة «الخلاصة»، ثم وجدتها فيها من الباب الرابع في اختلاف الشاهدين بقوله في الأقضية: لو شهد الشهود على بيع ولم يبينا الثمن إن شهدا على قبضه تقبل، وكذا إن بين أحدهما وسكت الآخر اهـ.

أي: المشتري (برىء إليه من كل عيب بها لم تقبل) بينة البائع للتناقض[1]، وعن الثاني تقبل لإمكان التوفيق ببيع وكيله وإبرائه عن العيب؛ ومنه واقعة سمرقند: ادعت أنه نكحها بكذا وطالبته بالمهر فأنكر فبرهنت فادعى أنه خلعها على المهر تقبل لاحتمال أنه زوّجه أبوه وهو صغير ولم يعلم. خلاصة (يبطل) جميع (صك) أي: مكتوب (كتب إن شاء الله في آخره) وقالا: آخره قط، وهو استحسان راجح على قوله. فتح. واتفقوا على أن الفرجة كفاصل السكوت وعلى انصرافه للكل في جمل

قوله: (أي المشتري) الأصوب: أي: البائع كما في البحر. قوله: (للتناقض) لأن اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيقتضي وجود العقد وقد أنكره، بخلاف ما مر لأن الباطل قد يقضي ويبرأ منه دفعاً للدعوى الباطلة، وهذا ظاهر الرواية عن الكل. بحر. قوله: (ببيع وكيله) أي: وكيل البائع. قوله: (وإبرائه عن العيب) من إضافة المصدر إلى مفعوله وهو ضمير الوكيل والفاعل المشتري إلخ. وعلى ما قلنا مضاف إلى فاعله[2] والضمير لوكيله وهو المفهوم من عبارة البحر، فقوله: أولاً «لم أبعها منك قط» أي: مباشرة، وقوله: «إنه بريء إليه» أي: إلى وكيله. قوله: (فأنكر) أي: بأن قال: لا نكاح بيننا[3] كما في البحر عن جامع الفصولين، ولو قال: لا نكاح بيني وبينك فلما برهنت على النكاح برهن هو على الخلع تقبل بينته، ولو قال: لم يكن بيننا نكاح قط أو قال: لم أتزوجها قط والباقي بحاله ينبغي أن يكون هذا وسيلة العيب[4]، وفي ظاهر الرواية: لا تقبل بينة البراءة عن العيب لأنها إقرار بالبيع، فكذا الخلع يقتضي سابقة النكاح فيتحقق التناقض اهـ. قوله: (راجح على قوله) إذ الأصل في الجمل الاستقلال والصك يكتب للاستيثاق، فلو انصرف إلى الكل كان مبطلاً له فيكون ضد ما قصدوه فينصرف إلى ما يليه ضرورة، كذا في التبيين ح. قوله: (في جمل) أي: قولية، وإلا نافى ما قبله.

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (بينة البائع للتناقض) ينظر هذا مع ما تقدم من أن التناقض يرتفع بتصديق الخصم أو بتكذيب الحاكم، وقد وجد هنا، ثم رأيته في «الكفاية» تعرض لهذه المسألة فانظرها مع «زبدة الدراية» وما كتبناه في الاستحقاق.

(2) قال الرافعي: قوله: (وعلى ما قلنا مضاف إلى فاعله) فيه أن الإبراء لا يكون إلا من المشتري والبراءة من البائع، كذا قاله السندي، ولا مانع من نسبتها للمشتري أيضاً، وانظر ما تقدم في الكفالة.

(3) قال الرافعي: قوله: (أي: بأن قال: لا نكاح بيننا) لا يصح هذا التفسير، بل موضوع الحادثة أنه أنكر تزوجها.

(4) قال الرافعي: قوله: (ينبغي أن يكون هذا وسيلة العيب إلخ) عبارته: ومسألة العيب سواء وثمة في ظاهر إلخ لكن هذا غير ما في «الخلاصة».

عطفت بواو وأعقبت بشرط؛ وأما الاستثناء بإلا وأخواتها فللأخير، إلا لقرينة كله مائة درهم وخمسون ديناراً إلا درهماً، فللأول استحساناً؛ وأما الاستثناء بإن شاء الله بعد جملتين إيقاعيتين فإليهما اتفاقاً، وبعد طلاقين معلقين أو طلاق معلق وعتق معلق فإليهما عند الثالث، وللأخير عند الثاني، ولو بلا عطف أو به بعد سكوت فللأخير اتفاقاً، وعطفه بعد سكوته لغو[1]، إلا بما فيه تشديد على نفسه، وتمامه في البحر.

(مات ذمي فقالت عرسه: أسلمت بعد موته وقالت: ورثته قبله صدقوا) تحكيماً للحال (كما) يحكم الحال (في مسألة) جريان (ماء الطاحونة) ثم الحال إنما تصلح حجة للدفع لا للاستحقاق ....

وفي البحر: والحاصل: أنهم اتفقوا على أن المشيئة إذا ذكرت بعد جمل متعاطفة بالواو كقوله: عبده حرّ وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله الحرام إن شاء الله ينصرف إلى الكل فبطل الكل، فمشى أبو حنيفة على حكمه وهما أخرجا صورة، كتب الصك من عمومه بعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب، جملاً متعاطفة للعادة وعليها يحمل الحادث، ولذا كان قولهما استحساناً راجحاً على قوله. كذا في فتح القدير، وظاهره: أن الشرط ينصرف إلى الجميع وإن لم يكن بالمشيئة انتهى. قوله: (بشرط) أي: سواء كان الشرط هو المشيئة أو غيرها كما صرح به في البحر ح، والظاهر: أن هذا خاص[2] بالإقرار لما سيأتي بعده من قوله: «وأما الاستثناء إلخ تأمل». قوله: (إيقاعيتين) أي: منجزتين ليس فيهما تعليق بقرينة المقابلة نحو: أنت طالق، وهذا حرّ إن شاء الله تعالى ح. قوله: (أو به بعد سكوت) أي: إذا كان السكوت بين الجملة الأخيرة وبين ما قبلها. قوله: (إلا بما فيه تشديد) فلو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق وسكت، ثم قال: وهذه الأخرى دخلت الثانية في اليمين، بخلاف وهذه الدار الأخرى، ولو قال: وهذه طالقة ثم سكت وقال: وهذه طلقت الثانية، وكذا في العتق. بحر. كذا في الهامش. قوله: (تحكيماً للحال) أي: لظاهر الحال. قوله: (كما إلخ) ليست هذه المسألة موجودة فيما كتب عليه المصنف. قوله: (جريان إلخ) لا وجه لتخصيص الجريان[3] بل الانقطاع كذلك فكان الأولى حذفه. قوله: (ثم الحال إنما تصلح حجة للدفع لا للاستحقاق) فإن قيل: هذا منقوض بالقضاء

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (وعطفه بعد سكوته لغو إلخ) تقدم له وللشارح في الأيمان قبيل باب اليمين في البيع أن المفتى به عدم لحوق الشرط بعد السكوت له أو عليه ولو مع العطف، فما هنا على غير المفتى به.

(2) قال الرافعي: قوله: (والظاهر أن هذا خاص) لا حاجة لهذا الحمل بل هو عام.

(3) قال الرافعي: قوله: (لا وجه لتخصيص الجريان إلخ) لا معنى لتحكيم نفس الماء، فلذا قدر جريان وأراد أنه يحكم نفياً وإثباتاً.

(كما في مسلم مات فقالت: عرسه) الذمية **(أسلمت قبل موته)** فأرثه **(وقالوا بعده)** فالقول لهم، لأن الحادث يضاف لأقرب أوقاته.

فرع: وقع الاختلاف في كفر الميت وإسلامه فالقول لمدعي الإسلام. بحر **(قال المودع)** بالفتح **(هذا)** ابن مودعي بالكسر **(الميت لا وارث له غيره دفعها إليه)** وجوباً كقوله: هذا ابن دائني، قيد بالوارث لأنه لو أقر أنه وصيه[1] أو وكيله أو المشتري منه لم يدفعها **(فإن أقرّ)** ثانياً **(بابن آخر له لم يفد)** إقراره **(إذا كذبه)** الابن **(الأول)** لأنه إقرار على الغير، ويضمن للثاني حظه إن دفع للأول بلا قضاء. زيلعي.

(تركة قسمت بين الورثة أو الغرماء بشهود لم يقولوا نعلم) ....

بالأجر على المستأجر إذا كان ماء الطاحونة جارياً عند الاختلاف لأنه استدلال بالحال لإثبات الأجر، قلنا: إنه استدلال لدفع ما يدعي المستأجر على الآجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الآجر. وأما ثبوت الأجر فإنه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعاً لا موجباً. يعقوبية. وفي الهامش عن البحر: فلو مات مسلم[2] وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت: أسلمت قبل موته وقالت الورثة: أسلمت بعد موته، فالقول قولهم أيضاً ولا يحكم الحال لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة إليه، وأما الورثة فهم الدافعون ويظهر لهم ظاهر الحدوث أيضاً اهـ. **قوله: (كما في مسلم إلخ)** تمثيل للمنفي وهو الاستحقاق. **وحاصله:** إنما كان القول لهم هنا أيضاً لما سيأتي[3]، ولا يمكن أن يكون لها بناء على تحكيم الحال، لأنه لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة إليه. **قوله: (لمدعي الإسلام)** فلو مات رجل وأبواه ذميان فقالا: مات ابننا كافراً وقال ولده المسلمون: مات مسلماً فميراثه للولد دون الأبوين. بحر عن الخزانة. **قوله: (مودعي)** قال في البحر: قيد بإقراره بالبنوة، لأنه لو قال: هذا أخوه شقيقه ولا وارث له غيره وهو يدعيه فالقاضي يتأنى في ذلك. والفرق أن استحقاق الأخ بشرط عدم الابن، بخلاف الابن لأنه وارث على كل حال، ومراده بالابن من يرث بكل حال فالبنت والأب والأم كالابن، وكل من يرث بحال دون حال فهو كالأخ. بحر. **قوله: (زيلعي)** وهو الصواب كما في الفتح خلافاً لما في غاية البيان. **قوله: (تركة قسمت إلخ)** قال في آخر الفصل الثاني عشر من جامع الفصولين رامزاً إلى

---

(1) **قال الرافعي:** قول الشارح: (لأنه لو أقر أنه وصيه) يتأمل فيه مع أن الوصاية خلافة لا نيابة فيكون كالوراثة، ويظهر وقوع الخلاف في الوصي أنه نائب أو خليفة، وما هنا مبني على أنه نائب، وانظر ما سيأتي وما كتبه السندي على قوله: وصح الإيصاء إلخ.

(2) **قال الرافعي:** قوله: (فلو مات مسلم إلخ) نقل هذه المسألة عن «الهداية»، وهي المذكورة ثانياً في المتن.

(3) **قال الرافعي:** قوله: (لما سيأتي) من أن الحادث يضاف لأقرب أوقاته.

كذا نسخ المتن والشرح، وعبارة الدرر وغيرها: لا نعلم (له وارثاً أو غريماً لم يكفلوا) خلافاً لهما لجهالة المكفول له ويتلوّم القاضي مدة ثم يقضي ....

الأصل: الوارث لو كان محجوباً بغيره كجد وجدة وأخ وأخت لا يعطي شيئاً ما لم يبرهن على جميع الورثة: أي: إذا ادعى أنه أخو الميت[1] فلا بد أن يثبت ذلك في وجه جميع الورثة الحاضرين أو يشهدا أنهما لا يعلمان وارثاً غيره، ولو قالا: لا وارث له غيره تقبل عندنا لا عند ابن أبي ليلى لأنهما جازفا ولنا العرف، فإن مراد الناس به لا نعلم له وارثاً غيره، وهذه شهادة على النفي فقبلت لما مر من أنها تقبل على الشرط ولو نفيا، وهنا كذلك لقيامها على شرط الإرث؛ ولو كان الوارث ممن لا يحجب بأحد، فلو شهدا أنه وارثه ولم يقولا: لا وارث له غيره أو لا نعلمه يتلوّم القاضي زماناً رجاء أن يحضر وارث آخر، فإن لم يحضر يقضي له بجميع الإرث ولا يكفل عند أبي حنيفة في المسألتين: يعني فيما إذا قالا: لا وارث له[2] غيره أو لا نعلمه، وعندهما يكفل فيهما، ومدة التلوم مفوضة إلى رأي القاضي، وقيل حول، وقيل شهر، وهذا عند أبي يوسف. وأما أحد الزوجين لو أثبت الوراثة ببينة ولم يثبت أنه لا وارث له غيره، فعند أبي حنيفة ومحمد: يحكم لهما بأكثر النصيبين بعد التلوم، وعند أبي يوسف بأقلهما، وله الربع ولها الثمن اهـ ملخصاً. وإن تلوّم ومضى زمانه فلا فرق بين كونه ممن يحجب كالأخ أو ممن لا يحجب كالابن كما في البزازية ومن العاشر في النسب والإرث وانظر ما سيأتي قبيل باب الشهادة على الشهادة. **قوله: (كذا نسخ المتن)** يعني بإسقاط لا، والحق ثبوتها كما في سائر الكتب ح. **قوله: (لم يكفلوا)** مبني للمجهول مضعف العين والواو للورثة أو الغرماء: أي: لا يأخذ القاضي منهم كفيلاً ح. **قال في الدرر:** أي: لم يؤخذ منه كفيل بالنفس عند الإمام، وقالا: يؤخذ اهـ. وهذا ظاهر في أنه على قولهما يؤخذ كفيل بالنفس، ثم رأيته لتاج الشريعة أبي السعود عن شيخه ولم يره في البحر، فتوقف في أنها بالمال أو بالنفس. **قوله: (لجهالة)** علة لقوله: «لم يكفلوا» كذا في الهامش. **قوله: (ويتلوّم)** أي: يتأنى، والمراد تأخير القضاء لا تأخير الدفع بعده كما أفاده في البحر عن غاية البيان، والمسألة على وجوه ثلاثة[3] فارجع إلى البحر، وسيأتي شيء منها قبيل الشهادة على الشهادة. **قوله: (مدة)** وقدر مدته مفوّض إلى رأي القاضي، وقدره الطحاوي بحول، وعلى عدم التقرير حتى يغلب على ظنه أنه لا وارث أولاً غريم له آخر. ....

(1) **قال الرافعي: قوله: (أي: إذا ادعى أنه أخو الميت)** ليس هذا هو المراد بل القصد بيان الوجه الأول من أوجه المسألة المذكورة في البحر.

(2) **قال الرافعي: قوله: (يعني فيما إذا قالا: لا وارث له إلخ)** فيه تأمل، بل مسألتنا ما إذا قالا: لا وارث له غيره أو لا نعلم محل اتفاق في عدم التلوم تأمل.

(3) **قال الرافعي: قوله: (والمسألة على وجوه ثلاثة)** الأول ما إذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم، بل قالوا تركها لورثته لا تقبل، ولا يدفع شيء، والثاني مسألة التلوم، والثالث مسألة عدمه المذكورتان متناً.

ولو ثبت بالإقرار كفلوا اتفاقاً، ولو قال الشهود ذلك لا اتفاقاً.

(ادعى) على آخر (داراً لنفسه ولأخيه الغائب) إرثاً (وبرهن عليه) على ما ادعاه (أخذ) المدعي (نصف المدعى) مشاعاً (وترك باقيه في يد ذي اليد بلا كفيل جحد) ذو اليد (دعواه أو لم يجحد) خلافاً لهما، وقولهما استحسان. نهاية. ولا تعاد البينة ولا القضاء إذا حضر الغائب في الأصح لانتصاب أحد الورثة خصماً للميت حتى تقضى منها ديونه، ثم إنما يكون خصماً بشروط تسعة مبسوطة في البحر، والحق

قوله: (ثبت بالإقرار) أي: الإرث والدين، وهو محترز قوله: «بشهود». قوله: (ذلك) أي: قالوا: لا نعلم له وارثاً أو غريماً ح، كذا في الهامش. قوله: (ادعى) قال في جامع الفصولين من الرابع: ادعى عليهما أن الدار التي بيدكما ملكي فبرهن على أحدهما، فلو الدار في يد أحدهما بإرث فالحكم عليه حكم على الغائب إذ أحد الورثة ينتصب خصماً عن البقية، ولو لم يكن كل الدار بيده لا يكون قضاء على الغائب بل يكون قضاء بما في يد الحاضر على الحاضر، ولو بيد أحدهما بشراء لا يكون الحكم على أحدهما حكماً على الآخر انتهى. قوله: (جحد ذو اليد إلخ) هذا التعميم غير صحيح بعد قوله: «وبرهن عليه» لأن البرهان يستلزم سبق الجحد، والصواب أن يبدل قوله: «وبرهن عليه» بقوله: «وثبت ذلك» فيشمل الثبوت بالإقرار وبالبينة، وحينئذ يسقط قوله جحد دعواه أو لم يجحد ح. ويجاب بأن هذا التعميم[1] راجع إلى قوله: «وترك باقيه» أشار به إلى الخلاف، فافهم. قوله: (خلافاً لهما) حيث قالا: إن جحد ذو اليد يؤخذ منه ويجعل في يد أمين لخيانته بجحوده وإلا ترك في يده. قوله: (خصماً للميت) الأصوب عن الميت[2]. قال في الهامش ناقلاً عن البحر: إنما ينتصب خصماً عن الباقي بثلاثة شروط: كون العين كلها في يده، وأن لا تكون مقسومة، وأن يصدق الغائب على أنها إرث عن الميت المعين انتهى. قوله: (والحق إلخ) لا ارتباط له بما قبله، لأن ما قبله في انتصاب أحد الورثة خصماً للميت وهذا الفرق في انتصاب أحدهم خصماً فيما عليه.

قال في البحر: وكذا ينتصب أحدهما فيما عليه مطلقاً إن كان ديناً، وإن كان في دعوى عين فلا بد من كونها في يده ليكون قضاء على الكل، وإن كان البعض في يده نفذ بقدره كما صرح به في الجامع الكبير، وظاهر ما في الهداية والنهاية والعناية: أنه لا بد من كونها كلها في يده في

(1) قال الرافعي: قوله: (ويجاب بأن هذا التعميم إلخ) فيه أن قوله: وترك إلخ من الجواب لحكم المسألة المقيدة بالبرهان، فلا يصح التعميم لما أن موضوعها البرهان، فجوابها كذلك تأمل.

(2) قال الرافعي: قوله: (الأصوب عن الميت) لا وجه للتصويب، بل الأوضح التعبير بعن، بل الأولى في حل كلامه أن تبقى اللام، ويكون قصده أن أحد الورثة خصم منسوب للميت، وهذا شامل لخصومته فيما له وعليه، ويرتبط حينئذ قوله: والحق إلخ بقوله: لانتصاب إلخ بالنظر لأحد مدلوليه تأمل.

الفرق بين الدين والعين (ومثله) أي: العقار (المنقول) فيما ذكر (في الأصح) درر. لكن اعتمد في الملتقى أنه يؤخذ منه اتفاقاً، ومثله في البحر. قال: وأجمعوا على أنه لا يؤخذ لو مقراً.

(أوصى له بثلث ماله يقع) ذلك (على كل شيء) لأنها أخت الميراث.

(ولو قال: مالي أو ما أملكه صدقة فهو على) جنس (مال الزكاة) استحساناً (وإن لم يجد غيره أمسك منه) قدر (قوته، فإذا ملك) غيره (تصدق بقدره) في البحر قال: إن فعلت كذا فيما أملكه صدقة فحيلته أن يبيع ملكه من رجل بثوب في منديل ويقبضه ولم يره ثم يفعل ذلك ثم يرده بخيار الرؤية فلا يلزمه شيء، ولو قال: ألف

دعوى الدين أيضاً، وصرح في فتح القدير بالفرق بين العين والدين وهو الحق وغيره سهو اهـ. وفي حاشية أبي السعود عن شيخه: ووجه الفرق بينهما[1] أن حق الدائن شائع في جميع التركة، بخلاف مدعي العين اهـ. قوله: (والعين) حيث لا ينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقي في دعوى العين إلا إذا كانت في يده، ولا يشترط في دعوى الدين كون جميع التركة في يده حتى ينتصب خصماً عن الباقي، خلافاً لما في الهداية والنهاية والعناية ح. قوله: (لو مقراً) أي: كالعقار. قوله: (مالي أو ما أملكه إلخ) ظاهره: دخول الدين أيضاً، وحكى في القنية قولين، واعتمد في وصايا الوهبانية الدخول، ونقل السائحاني عن المقدسي: لا شك أن الدين تجب فيه الزكاة ويصير مالاً عند الاستيفاء، لكن في البحر عن الخانية عدم الدخول، وهو مقتضى قولهم: إن الدين ليس بمال، حتى لو حلف أن لا مال له وله دين على الناس لم يحنث. ونقل ابن الشحنة عن ابن وهبان أن في حفظه من الخانية رواية الدخول ح. قوله: (جنس مال الزكاة) أي: جنس كان، بلغت نصاباً أو لا، عليه دين مستغرق أو لا. بحر. قوله: (تصدق بقدره) أي: بقدر ما أمسك لأن حاجته مقدمة، فيمسك أهل كل صنعة قدر كفايته إلى أن يتجدد له شيء. فتح. قوله: (فحيلته) أي: إن أراد أن يفعل ولا يحنث. قوله: (ثم يفعل ذلك) أي: المحلوف عليه. قوله: (فلا يلزمه شيء) قال العلامة المقدسي: ومنه يعلم أن المعتبر الملك حين الحنث لا حين الحلف انتهى.

أقول: ويعلم منه أن المشترى[2] باسم المفعول بخيار الرؤية لا يدخل في ملكه حتى يراه

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ووجه الفرق بينهما إلخ) غير ظاهر، بل انتصاب أحدهم خصماً في دعوى الدين، لأنه يثبت ابتداء في ذمة الميت ثم ينتقل للتركة لخرابها به، وكل خليفة عنه، ولو كان الفرق ما ذكره لما صحت الدعوى، إلا إذا كانت كلها في يده تأمل.

(2) قال الرافعي: قوله: (ويعلم منه أن المشتري إلخ) لا يعلم من جواب المسألة إلا الخروج عن ملك الحالف ولا يعلم عدم الدخول في ملك المشتري، إذ يقال: إن عدم وجوب التصدق بالثوب لانفساخ العقد من الأصل، فكأنه لم يوجد ابتداء على هذا التعليق إنما ينصرف لما هو قائم في ملكه

درهم من مالي صدقة إن فعلت كذا ففعله وهو يملك أقل لزمه بقدر ما يملكه، ولو لم يكن له شيء لا يجب شيء (وصح الإيصاء بلا علم الوصيّ) فصح تصرفه (لا) يصح (التوكيل بلا علم وكيل) والفرق أن تصرف الوصي خلافة والوكيل نيابة (فلو علم) الوكيل بالتوكيل (ولو من) مميز أو (فاسق صح تصرفه ولا يثبت عزله إلا بـ)إخبار (عدل) أو فاسق إن صدقه عناية (أو مستورين أو فاسقين) في الأصح (كإخبار السيد

ويرضى به، قاله الشيخ أبو الطيب مدني، والمسألة تحتاج إلى المراجعة، وما نقله عن البحر عزاه في البحر إلى الولوالجية في الحيل آخر الكتاب، وتمامه فيها حيث قال: وإن كان له ديون على الناس يتصالح عن تلك الديون مع رجل بثوب في منديل ثم يفعل ذلك ويرد الثوب بخيار الرؤية فيعود الدين ولا يحنث انتهى. قوله: (فصح تصرفه) لا يخفى أن من حكم الوصي أنه لا يملك عزل نفسه بعد القبول حقيقة أو حكماً، وظاهر: ما هنا تبعاً للكنز أنه يصير وصياً قبل التصرف وليس كذلك، بل إنما يصير بعده كما نبه عليه في البحر؛ ولذا قال في نور العين: مات وباع وصيه قبل علمه بوصايته وموته جاز استحساناً ويصير ذلك قبولاً منه للوصاية ولا يملك عزل نفسه فكان على الشارح أن يقول: «إن تصرفه قبله» بدل قوله: «فصح تصرفه» فتنبه. قوله: (بلا علم وكيل) فلو باع الوصي شيئاً من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع، ولو باع الوكيل قبل العلم بها لم يجز. بحر: أي: فيكون بيع الفضولي فلم يجزه موكله أو الوكيل بعد علمه بها كما في نور العين(1) من الثالث والعشرين. وفي البزازية عن الثاني خلافه(2). وفي البحر: أما إذا علم المشتري بالوكالة واشترى منه ولم يعلم البائع الوكيل كونه وكيلاً بالبيع بأن كان المالك قال للمشتري: اذهب بعبدي إلى زيد فقل له حتى يبيعه بوكالته عني منك فذهب به إليه ولم يخبره بالتوكيل فباعه هو منه يجوز، وتمامه فيه. قوله: (أو فاسق) أي: إذا صدقه الوكيل حتى لو كذبه لا يثبت، فعلى هذا لا فرق بين الوكالة والعزل، لأن في العزل أيضاً إذا صدقه ينعزل، كذا في غاية البيان. يعقوبية. قوله: (في الأصح) خلافاً لما في الكنز حيث قيد بالمستورين، فإن ظاهره أنه لا يقبل خبر الفاسقين وهو ضعيف، لأن تأثير خبرهما أقوى من تأثير خبر العدل، بدليل أنه لو قضى

= لا للحادث، كما تقدم ما يفيده في العتق.

(1) قال الرافعي: قوله: (كما في «نور العين») عبارته: بيع الوكيل قبل علمه بالوكالة لم يجز حتى يجيزه موكله أو الوكيل بعد علمه بالوكالة اهـ.

(2) قال الرافعي: قوله: (وفي «البزازية» عن الثاني خلافه) عبارة «البزازية»: الوكيل قبل علمه بالوكالة لا يكون وكيلاً ولا ينفذ تصرفه، وعن الثاني خلافه، أما إذا علم المشتري بالوكالة، واشترى ولم يعلم البائع الوكيل كونه وكيلاً بالبيع بأن كان إلى قوله: فباعه هو منه، فالمذكور في الوكالة أنه يجوز، وجعل معرفة المشتري كمعرفة البائع وفي المأذون ما يدل عليه، فإن المولى إذا قال لأهل السوق: بايعوا عبدي فبايعوه ولم يعلم العبد يصح اهـ.

بجناية عبده) فلو باعه كان مختاراً للفداء **(والشفيع)** بالبيع **(والبكر)** بالنكاح **(والمسلم الذي لم يهاجر)** بالشرائع، وكذا الإخبار بعيب لمريد شراء وحجر مأذون وفسخ شركة وعزل قاض ومتولي وقف، فهي عشرة يشترط فيها أحد شطري الشهادة لا لفظها **(ويشترط سائر الشروط في الشاهد)** وقيده في البحر بالعزل القصدي، وبما إذا لم يصدقه ويكون المخبر غير المرسل ورسوله فإنه يعمل بخبره مطلقاً كما سيجيء في بابه.

(باع قاض أو أمينه) وإن لم يقل جعلتك أميناً في بيعه على الصحيح. ولوالجية **(عبداً لـ)**ـدين **(الغرماء** ....

بشهادة واحد عدل لم ينفذ وبشهادة عدلين نفذ كما في البحر عن الفتح، ونقله في المنح أيضاً. قوله: **(وعزل قاض)** ذكره في البحر بحثاً. قوله: **(شطري الشهادة)** أي: العدد أو العدالة.

وفي الحواشي السعدية: أقول فيه إشارة إلى أن العدالة لا تشترط في العدد، وأن قوله: عدل صفة رجل. قال في التلويح: وهو الأصح. قوله: **(ويشترط)** أي: في المخبر. قوله: **(سائر الشروط)** أي: مع العدد أو العدالة على قول الإمام الأعظم، فلا يثبت بخبر المرأة والعبد والصبي وإن وجد العدد أو العدالة، وقل من نبه على هذا. قوله: **(في الشاهد)** أي: المشروطة في الشاهد. قوله: **(القصدي)** احتراز عما إذا كان حكمياً كموت الموكل فإنه يثبت وينعزل قبل العلم ح. قوله: **(إذا لم يصدقه)** أما إذا صدقه قبل ولو فاسقاً. بحر. وقد مر. قوله: **(غير المرسل)** الذي في البحر غير الخصم ورسوله. قوله: **(ورسوله)** فلا يشترط فيه العدالة حتى لو أخبر الشفيع المشتري بنفسه وجب الطلب إجماعاً والرسول يعمل بخبره وإن كان فاسقاً صدقه أو كذبه. بحر، وتمامه فيه. قوله: **(وإن لم إلخ)** بأن قال له: بع هذا العبد فقط. قوله: **(على الصحيح)** اعلم أن أمين القاضي هو من يقول له القاضي: جعلتك أميناً في بيع هذا العبد، أما إذا قال: بع هذا العبد ولم يزد عليه: اختلف المشايخ، والصحيح أنه لا يلحقه عهدة. ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده كما في البحر معزياً إلى شرح التلخيص للفارسي.

أقول: والمسألة مذكورة هكذا في الفتاوى الولوالجية. منح. قوله: **(الغرماء)** أي: أرباب الديون لم يذكر الوارث مع أنهما سواء، فإذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملاً له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة إن كان وصي الميت، وإن كان القاضي أو أمينه هو العاقد رجع على المشتري[1] كما ذكره الزيلعي، لأن ولاية البيع للقاضي إذا كانت التركة قد أحاط بها الدين ولا

---

(1) قال الرافعي: قوله: (رجع على المشتري) حقه أن يقول: عليه، وقوله: لأن ولاية البيع إلخ لا يصلح علة لما قبله.

وأخذ المال فضاع) ثمنه عند القاضي (واستحق العبد) أو ضاع قبل تسليمه (لم يضمن) لأن أمين القاضي كالقاضي، والقاضي كالإمام، وكل منهم لا يضمن بل ولا يحلف، بخلاف نائب الناظر (ورجع المشتري على الغرماء) لتعذر الرجوع على العاقد.

(ولو باعه الوصيّ لهم) أي: لأجل الغرماء (بأمر القاضي) أو بلا أمره (فاستحق) للعبد (أو مات قبل القبض) للعبد من الوصيّ (وضاع) الثمن (رجع المشتري على الوصي) لأنه وإن نصبه القاضي عاقدًا نيابة عن الميت فترجع الحقوق إليه (وهو يرجع على الغرماء) لأنه عامل لهم، ولو ظهر بعده للميت مال رجع الغريم

يملك الوارث البيع. بحر. قوله: (عند القاضي) أو أمينه. منح. قوله: (بخلاف) قيد لقوله: «ولا يحلف». قوله: (نائب الناظر) قال في البحر: إن نائب الإمام كهو ونائب الناظر كهو في قبول قوله، فلو ادعى ضياع مال الوقف أو تفريقه على المستحقين فأنكروا فالقول له كالأصيل لكن مع اليمين، وبه فارق أمين القاضي فإنه لا يمين عليه كالقاضي اهـ. منح. قوله: (ولو باعه الوصي) قال في الشرنبلالية: لا فرق فيه بين وصيّ الميت ومنصوب القاضي. مدني. قوله: (أو بلا أمره) أي: بطريق الأولى. قوله: (للعبد) وقول الدرر: الثمن سبق قلم وصوابه المثمن. قوله: (وإن نصبه القاضي) الأولى حذفه والاقتصار على قوله لأنه عاقد نيابة عن الميت كما في الهداية ليشمل وصي الميت(1). قال في الكفاية: أما إذا كان الميت أوصى إليه فظاهر، وأما إذا نصبه فكذلك، لأن القاضي إنما نصبه ليكون قائماً مقام الميت لا مقام القاضي. قوله: (إليه) كما إذا وكله حال حياته. قوله: (ولو ظهر بعده إلخ) فيه إيجاز مخل يوضحه ما في فتح القدير، فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه بلا شك، وهل يرجع بما ضمن للمشتري؟ فيه خلاف. قيل نعم. وقال مجد الأئمة السرخسي: لا يأخذ في الصحيح من الجواب، لأن الغريم إنما يضمن من حيث إن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره. وفي الكافي: الأصح الرجوع، لأنه قضى بذلك وهو مضطر فيه، فقد اختلف في التصحيح كما سمعت اهـ. وقوله: «بما ضمن للمشتري» يفيد أن الاختلاف في المسألة الأولى، لأنه في الثانية إنما ضمن للوصي لا للمشتري، لكن قال في البحر: وقيل لا يرجع به في الثانية(2)، والأول أصح اهـ.

والحاصل: أنه في الأولى اختلف التصحيح في الرجوع، وفي الثانية الأصح عدمه فتنبه،

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ليشمل وصي الميت) فيه تأمل، بل كلامه شامل للوصيين.

(2) قال الرافعي: قوله: (وقيل: لا يرجع به في الثانية) عبارة «البحر» يرجع بما ضمن للوصي أو للمشتري في المسألتين، وقيل: لا يرجع إلخ، فأنت تراه اعتمد الرجوع في المسألتين، ولم يعتمد عدمه في الثانية كما ذكره المحشي.

فيه بدينه هو الأصح (أخرج القاضي الثلث للفقراء ولم يعطهم إياه حتى هلك كان) الهالك (من مالهم) أي: الفقراء (والثلثان للورثة) لما مر.

(أمرك قاض) عدل (برجم أو قطع) في سرقة (أو ضرب) في حد (قضى به) بما ذكر (وسعك فعله) لوجوب طاعة وليّ الأمر، ومنعه محمد حتى يعاين الحجة، واستحسنوه في زماننا. وفي العيون: وبه يفتى، إلا في كتاب القاضي للضرورة[1]، وقيل يقبل لو عدلاً عالماً (وإن عدلاً جاهلاً ....

ووجدت في نسخة: رجع الغريم منه بدينه لا بما غرم هو الأصح. قال ح: وقيل يرجع بما غرم أيضاً وصحح. قوله: (فيه) أي: في المال الذي ظهر للميت. قوله: (لما مر) متعلق بقوله: كان الهالك من مالهم، والمراد بما مر أن القاضي لا يضمن[2]. قوله: (عدل) أي: وعالم، كذا قيده في الملتقى وغيره. مدني. وكذا قيده في الكنز، ولا بد منه هنا لمقابلة قوله: وإن عدلاً جاهلاً. قال في البحر: وما ذكره المصنف قول الماتريدي. وفي الجامع الصغير: لم يعتبره بهما[3]، ثم رجع محمد فقال: لا يؤخذ بقوله: إلا أن يعاين الحجة أو يشهد بذلك مع القاضي عدل، وبه أخذ مشايخنا اهـ. وبهذا يظهر لك أن كلام المصنف ملفق من قولين، لأن عدم تقييده بالعدالة والعلم مبني على ما في الجامع الصغير، والتفصيل بعده مبني على قول الماتريدي، وحينئذ فحيث قيده الشارح بقوله: «عدل» يجب زيادة عالم أيضاً فيكون على قول الماتريدي، ويكون قوله بعد: «وقيل يقبل لو عدلاً عالماً» مستدركاً، وحقه أن يقول: وقيل يقبل ولو لم يكن عالماً، وهو ما في الجامع الصغير. قوله: (ولي الأمر) انظر ما قدمناه في باب الإمامة من كتاب الصلاة. قوله: (ومنعه محمد) هذا ما رجع إليه بعد الموافقة لهما ح. قوله: (حتى يعاين الحجة) زاد عليه بعض المشايخ: أو يشهد بذلك مع القاضي عدل، وهو رواية عنه. وقد استبعده في فتح القدير بكونه بعيداً في العادة وهو شهادة القاضي عند الجلاد، والاكتفاء بالواحد على هذه الرواية في حق يثبت بشاهدين، وإن كان في زنى فلا بد من ثلاثة أخر، كذا ذكره الإسبيجابي. بحر. قوله: (وقيل يقبل لو عدلاً عالماً) دخول على المتن قصد به إصلاحه، وذلك أنه أطلق أولاً القاضي ولم يقيده بالعدل العالم تبعاً للجامع الصغير، وهو ظاهر الرواية، ثم ذكر التفصيل وهو على قول الماتريدي القائل: باشتراط كونه عدلاً عالماً كما مشى عليه في الكنز، وإن أردت زيادة الدراية فارجع إلى الهداية،

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (إلا في كتاب القاضي للضرورة) في «البحر» ظاهر الاقتصار على كتاب القاضي يفيد أن القاضي لا يقبل قوله فيما عداه، سواء كان قتلاً أو قطعاً أو ضرباً، كما في الكتاب أو غيرها، فلو قال: قضيت بطلاقها أو بعتقه أو بيع أو نكاح أو إقرار لم يقبل قوله إلخ اهـ.

(2) قال الرافعي: قوله: (والمراد بما مر أن القاضي لا يضمن) لكن لا يصلح علة له بل علته صحة قسمته مع الورثة.

(3) قال الرافعي: قوله: (وفي «الجامع الصغير» لم يعتبره بهما) حقه لم يقيده.

إن استفسر فأحسن) تفسير (الشرائط صدّق وإلا لا، وكذا) لا يقبل قوله: (ولو) كان (فاسقاً) عالماً كان أو جاهلاً للتهمة فالقضاة أربعة (إلا أن يعاين الحجة) أي: سبباً شرعياً.

(صبّ دهناً لإنسان عند الشهود) فادعى مالكه ضمانه (وقال) الصابّ: (كانت) الدهن (نجسة وأنكره المالك فالقول للصابّ) لإنكاره الضمان والشهود يشهدون على الصبّ لا على عدم النجاسة.

(ولو قتل رجلاً وقال: قتلته لردّته أو لقتله أبي لم يسمع) قوله: لئلا يؤدي إلى فتح باب العدوان فإنه يقتل ويقول: كان القتل لذلك، وأمر الدم عظيم فلا يهمل، بخلاف المال إقرار. بزازية.

(صدّق) قاض (معزول) بلا يمين (قال لزيد: أخذت منك ألفاً قضيت به) أي: بالألف (لبكر ودفعته إليه، أو قال: قضيت بقطع يدك في حق وادعى زيد أخذه) الألف (وقطعه) اليد (ظلماً وأقرّ بكونهما) أي: الأخذ والقطع (في) وقت (قضائه)

وحيث كان مراد الشارح ذلك، فكان الصواب أن يحذف قوله: «عدل» في أول المسألة فإنه من الشرح على ما رأيناه.

واعلم أنه على رواية الجامع رجع محمد وقال: لا حتى يعاين الحجة كما مر بيانه. وأن عليه الفتوى. وقال في البحر: لكن رأيت بعد ذلك في شرح أدب القضاء للصدر الشهيد أنه صح رجوع محمد إلى قولهما.

قال: والحاصل: المفهوم من شرح الصدر أنهما قالا: يقبول إخباره عن إقراره بشيء لا يصح رجوعه عنه مطلقاً، وأن محمداً أولاً وافقهما ثم رجع عنه وقال: لا يقبل إلا بضم رجل آخر عدل إليه، ثم صح رجوعه إلى قولهما. وأما إذا أخبر القاضي بإقراره عن شيء يصح رجوعه عنه كالحد لم يقبل قوله بالإجماع، وإن أخبر عن ثبوت الحق بالبينة فقال: قامت بذلك بينة وعدّلوا وقبلت شهادتهم على ذلك تقبل في الوجهين جميعاً اهـ. وضمير إقراره راجع إلى الخصم. هذا، ولا يخفى عليك أن الكلام في القاضي المولى، وأما المعزول فلا يقبل ولو شهد معه عدل كما مر عن النهر أوائل كتاب القضاء. قوله: (إن استفسر إلخ) بأن يقول في حدّ الزنىٰ: إني استفسرت المقرّ بالزنىٰ كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم، ويقول في حدّ السرقة: إنه ثبت عندي بالحجة أنه أخذ نصاباً من حرز لا شبهة فيه، وفي القصاص أنه قتل عمداً بلا شبهة، وإنما يحتاج إلى استفسار الجاهل لأنه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلاً. كفاية. قوله: (شرعياً) فيشمل الإقرار. قوله: (لإنكاره الضمان) بالمثل لا بالقيمة شيخنا، فلا يكون القول له إلا في أنها متنجسة

وكذا لو زعم فعله قبل التقليد أو بعد العزل في الأصح لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان فيصدّق، إلا أن يبرهن زيد على كونهما في غير قضائه فالقاضي يكون مبطلاً، صدر الشريعة.

فرع: نقل في الأشباه عن بعض الشافعية: إذا لم يكن للقاضي شيء في بيت المال فله أخذ عشر ما يتولى من أموال اليتامى والأوقاف. ....

فيضمن قيمتها متنجسة كما نقله أبو السعود عن الشيخ شرف الدين الغزي. محشي الأشباه. وعبارة الخانية قبيل كتاب القاضي من الشهادات: القول قوله مع يمينه في إنكاره استهلاك الطاهر، ولا يسع الشهود أن يشهدوا عليه أنه صبّ زيتاً غير نجس، وتمامه فيها فراجعها وهي أظهر مما هنا. قوله: (وكذا لو زعم إلخ) أي: المدعي، لكن لو أقرّ القاطع والآخذ في هذا بما أقرّ به القاضي يضمنان لأنهما أقرا بسبب الضمان، وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان عن غيره، بخلاف الأول لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق، ولو كان المال في يد الآخذ قائماً وقد أقرّ بما أقرّ به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه، أو لا يؤخذ منه لأنه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى التملك إلا بحجة، وقوله: «المعزول» ليس بحجة فيه. بحر. قوله: (لأنه أسند) أي: القاضي. قوله: (إلى حاله) فصار كما إذا قال: طلقت أو أعتقت وأنا مجنون وجنونه معهود. بحر. قوله: (للضمان) أي: من كل وجه كما زاده في البحر[1] أخذاً مما في المجمع. قال: فلا يرد ما لو قال المولى لأمته بعد عتقها: قطعت يدك وأنت أمتي وقالت: قطعتها وأنا حرة حيث يكون القول لها، لأنه أسند فعله إلى حالة قد يجامعها الضمان في الجملة، لأن كونها أمة له لا ينفي الضمان عنه من كل وجه؛ ألا ترى أنه يضمن إذا كانت مرهونة أو مأذونة مديونة اهـ ملخصاً. وتمام التفاريع عليه فيه فراجعه. قوله: (في الأشباه) وعبارتها: قال في بسط الأنوار للشافعية من كتاب القضاء ما لفظه: وذكر جماعة من أصحاب الشافعي وأبي حنيفة إذا لم يكن للقاضي شيء من بيت المال فله أخذ عشر ما يتولى من مال الأيتام والأوقاف ثم بالغ في الإنكار اهـ. ولم أر هذا لأصحابنا اهـ. وما أحببت نقل الشارح العبارة على هذا الوجه لئلا يظن بعض المتهورين صحة هذا النقل، مع أن الناقل بالغ في إنكاره كما ترى، كيف وقد اختلفوا عندنا في أخذه من بيت المال، فما ظنك في اليتامى والأوقاف. قوله: (والأوقاف) أقول: زاد في الأشباه قوله: ثم بالغ في الإنكار إلخ.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (كما زاده في «البحر» إلخ) لكن في اعتبار ما زاده في «البحر» يجب الضمان فيما لو قال المولى لعبده بعد العتق: أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد فقال المعتق: أخذتها بعد العتق لعدم إسناده لحالة منافية للضمان من كل وجه مع أن المذكور في البحر في هذه الصورة هو عدم الضمان، ثم رأيت في جناية المملوك من «الهداية» ما به يزول الإشكال، وهو أن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر، وكذا أخذه غلتها فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان.

وفي الخانية: للمتولي العشر في مسألة الطاحونة.

قلت: لكن في البزازية: كل ما يجب على القاضي والمفتي لا يحل لهما أخذ الأجر به كنكاح صغير لأنه واجب عليه، وكجواب المفتي بالقول. وأما بالكتابة فيجوز لهما على قدر كتبهما، لأن الكتابة لا تلزمهما، وتمامه في شرح الوهبانية. وفيها:

وَلَيْسَ لَهُ أَجْرٌ وَإِنْ كَانَ قَاسِماً ... وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ بَيْتِ مَالٍ مُقَرَّرُ
وَرَخَّصَ بَعْضٌ لانْعِدَامِ مُقَرَّرٍ ... وَفِي عَصْرِنَا فَالْقَوْلُ الأَوَّلُ يُنْصَرُ
وَجَوَّزَ لِلْمُفْتِي عَلَى كَتْبِ خَطِّهِ ... عَلَى قَدْرِهِ إِذْ لَيْسَ فِي الْكُتْبِ يُحْصَرُ

قال العلامة الشيخ خير الدين الرملي في حاشيته على الأشباه ما نصه: قوله: ثم بالغ في الإنكار، أقول: يعني على الجماعتين، والمبالغة في الإنكار واضحة الاعتبار، وذلك أنه لو تولى على عشرين ألفاً مثلاً ولم يحلقه من المشقة فيها شيء بماذا يستحق عشرها وهو مال اليتيم وفي حرمته جاءت القواطع، فما هو إلا بهتان على الشرع الساطع وظلمة غطت على بصائرهم، فنعوذ بالله من غضبه الواقع، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم اهـ. وقال بيري زاده في حاشيتها: والصواب أن المراد من العشر أجر مثل عمله، حتى لو زاد رد الزائد اهـ مدني. قوله: (في مسألة الطاحونة) أي: إذا كان له عمل. والذي في الخانية من الوقف: رجل وقف ضيعة على مواليه وقفاً صحيحاً فمات الواقف وجعل القاضي الوقف في يد قيم وجعل للقيم عشر الغلات وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها إلى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يقبضون غلتها لا يجب للقيم عشر هذه الطاحونة لأن القيم يأخذ ما يأخذ بطريق الأجر فلا يستوجب الأجر بدون العمل اهـ. وهكذا في التاترخانية ح.

٢٣ ــ كِتَابُ الشَّهَادَاتِ

أخرها عن القضاء لأنها كالوسيلة وهو المقصود (هي) لغة: خبر قاطع. وشرعاً: (إخبار صدق لإثبات حق) فتح.

قلت: فإطلاقها على الزور مجاز كإطلاق اليمين على الغموس (بلفظ الشهادة في مجلس القاضي) ولو بلا دعوى كما في عتق الأمة. وسبب وجوبها طلب ذي الحق أو خوف فوت حقه بأن لم يعلم بها ذو الحق وخاف فوته لزمه أن يشهد بلا طلب. فتح.

(شرطها) أحد وعشرون شرطاً شرائط مكانها واحد. وشرائط التحمل ثلاثة ....

كِتَابُ الشَّهَادَاتِ

قوله: (كإطلاق اليمين) فإن حقيقة اليمين عقد[1] يتقوّى به عزم الحالف على الفعل أو الترك في المستقبل. والغموس: الحلف على ماض كذباً عمداً. قوله: (وخاف) أي: الشاهد، وقوله: «فوته» أي: الحق. قوله: (بلا طلب) نظر فيه المقدسي بأن الواجب[2] في هذا إعلام المدعي بما يشهد فإن طلب وجب عليه أن يشهد وإلا لا، إذ يحتمل أنه ترك حقه ط. قوله: (شرائط مكانها واحد) أي: مجلس القضاء. منح.

(1) قال الرافعي: قوله: (فإن حقيقة اليمين عقد إلخ) مقتضى تقسيمهم اليمين إلى منعقدة ولغو وغموس أنها حقيقة في الكل، وإن كان التعريف للأولى.

(2) قال الرافعي: قوله: (نظر فيه المقدسي بأن الواجب إلخ) لكن ما ذكره الشارح توارد عليه في «الفتح» و«العناية» و«البحر» و«البناية» بدون ما يدل على أنه بحث، فاللازم اعتماده خصوصاً، والطلب الحكمي متحقق، واحتمال ترك المدعي حقه غير متحقق مع وجود الترافع والمنازعة مع المدعى عليه بدون ترك لها.

(العقل الكامل)[1] وقت التحمل، والبصر، ومعاينة المشهود به إلا فيما يثبت بالتسامع **(و)** شرائط الأداء سبعة عشر: عشرة عامة وسبعة خاصة، ومنها **(الضبط والولاية)** فيشترط الإسلام لو المدعى عليه مسلماً **(والقدرة على التمييز)** بالسمع والبصر **(بين المدعي والمدعى عليه)**. ومن الشرائط عدم قرابة ولاد أو زوجية أو عداوة دنيوية أو دفع مغرم أو جرّ مغنم كما سيجيء ....

قوله: (العقل الكامل وقت التحمل) المراد ما يشمل التمييز بدليل ما سيأتي في الباب الآتي.

قوله: (عشرة عامة) أي: في جميع أنواع الشهادة، أما العامة فهي الحرية والبصر والنطق والعدالة، لكن هي شرط وجوب القبول على القاضي لا شرط جوازه، وأن لا يكون محدوداً في قذف، وأن لا يجر الشاهد إلى نفسه مغنماً ولا يدفع عن نفسه مغرماً، فلا تقبل شهادة الفرع لأصله وعكسه، وأحد الزوجين للآخر، وأن لا يكون خصماً، فلا تقبل شهادة الوصّي لليتيم والوكيل لموكله، وأن يكون عالماً بالمشهود به وقت الأداء ذاكراً له، ولا يجوز اعتماده على خطه خلافاً لهما.

وأما ما يخص بعضها: فالإسلام إن كان المشهود عليه مسلماً والذكورة في الشهادة في الحد والقصاص، وتقدم الدعوى فيما كان من حقوق العباد وموافقتها للدعوى، فإن خالفتها لم تقبل، إلا إذا وفق المدعي عند إمكانه، وقيام الرائحة بالشهادة على شرب الخمر ولم يكن سكران لا لبعد مسافة والأصالة في الشهادة في الحدود والقصاص، وتعذر حضور الأصل في الشهادة على الشهادة، كذا في البحر. لكنه ذكر أولاً أن شرائط الشهادة نوعان: ما هو شرط تحملها، وما هو شرط أدائها؟ فالأول ثلاثة وقد ذكرها الشارح. والثاني أربعة أنواع: ما يرجع إلى الشاهد، وما يرجع إلى الشهادة وما يرجع إلى مكانها، وما يرجع إلى المشهود به، وذكر أن ما يرجع إلى الشاهد السبعة عشر العامة والخاصة.

وما يرجع إلى الشهادة ثلاثة: لفظ الشهادة، والعدد في الشهادة بما يطلع عليه الرجل، واتفاق الشاهدين. وما يرجع إلى مكانها واحد وهو مجلس القضاء، وما يرجع إلى المشهود به علم من السبعة الخاصة.

ثم قال: فالحاصل: أن شرائطها إحدى وعشرون، فشرائط التحمل ثلاثة وشرائط الأداء سبعة عشر: منها عشرة شرائط عامة، ومنها سبعة شرائط خاصة: وشرائط نفس الشهادة ثلاثة، وشرائط مكانها واحد اهـ. ومقتضاه: أن شرائط الأداء نوعان لا أربعة كما ذكر أولاً، والصواب أن يقول: إنها أربعة وعشرون، ثلاثة منها شرائط التحمل، وإحدى وعشرون شرائط الأداء، منها سبعة عشر شرائط الشاهد وهي عشرة عامة وسبعة خاصة، ومنها ثلاثة شرائط لنفس الشهادة،

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (الكامل) لعل حقه الحذف لإيهامه خلاف المراد.

(وركنها: لفظ أشهد) لا غير لتضمنه معنى مشاهدة وقسم وإخبار للحال فكأنه يقول: أقسم بالله لقد اطلعت على ذلك وأنا أخبر به، وهذه المعاني مفقودة في غيره فتعين حتى لو زاد فيما أعلم بطل للشك. وحكمها: وجوب الحكم على القاضي بموجبها بعد التزكية بمعنى افتراضه فوراً إلا في ثلاث قدمناها (فلو امتنع) بعد وجود شرائطها (أثم) لتركه الفرض (واستحق العزل) لفسقه (وعزر) لارتكابه ما لا يجوز شرعاً. زيلعي (وكفر إن لم ير الوجوب) أي: إن لم يعتقد افتراضه عليه. ابن ملك. وأطلق الكافيجيّ كفره واستظهر المصنف الأول (ويجب أداؤها بالطلب) ولو حكماً كما مر، لكن وجوبه بشروط سبعة مبسوطة في البحر وغيره، منها عدالة قاض وقرب مكانه

ومنها واحد شرط مكانها، وبهذا يظهر لك ما في كلام الشارح أيضاً. قوله: (أشهد) فلو قال: شهدت لا يجوز، لأن الماضي موضوع للإخبار عما وقع فيكون غير مخبر في الحال س. قوله: (لتضمنه) أي: باعتبار الاشتقاق. قوله: (معنى مشاهدة) وهي الاطلاع على الشيء عياناً. قوله: (وقسم) لأنه قد استعمل في القسم[1] نحو أشهد بالله لقد كان كذا: أي: أقسم س. قوله: (للحال) ولا يجوز شهدت لأن الماضي موضوع للإخبار عما وقع. قوله: (فتعين إلخ) فلذا اقتصر عليه احتياطاً واتباعاً للمأثور، ولا يخلو عن معنى التعبد إذ لم ينقل غيره كما بسطه في البحر. قوله: (حتى لو زاد فيما أعلم إلخ) فلو قال: أشهد بكذا فيما أعلم له تقبل كما لو قال: في ظني، بخلاف ما لو قال: أشهد بكذا قد علمت؛ ولو قال: لا حق لي قبل فلان فيما أعلم لا يصح الإبراء؛ ولو قال: لفلان عليّ ألف درهم فيما أعلم لا يصح الإقرار؛ ولو قال المعدّل: هو عدل فيما أعلم لا يكون تعديلاً. بحر. قوله: (ثلاث) خوف ريبة[2] ورجاء صلح أقارب وإذا استمهل المدعي س. قوله: (قدمناها) أي: قبيل باب التحكيم ح. قوله: (إن لم ير الوجوب) نقله في أول قضاء البحر عن شرح الكنز لباكير. قوله: (وأطلق الكافيجي) أي: في رسالته «سيف القضاة على البغاة»[١] حيث قال: حتى لو أخر الحكم بلا عذر عمداً قالوا: إنه يكفر. قوله: (كما مر) هو قوله: «أو خوف فوت حقه». قوله: (وقرب مكانه) فإن كان بعيداً بحيث لا يمكنه أن يغدو إلى

(1) قال الرافعي: قوله: (لأنه قد استعمل في القسم) لكنه هنا مستعمل بمعنى الخبر، ففي الزيلعي ركنها لفظ أشهد بمعنى الخبر دون القسم، إلا أنه يلاحظ فيها اهـ.

(2) قال الرافعي: قوله: (خوف ريبة) أي: في الشهود، ولا حاجة لزيادة لفظة خوف.

(١) رسالة سيف القضاة على البغاة: للكافيجي محيي الدين محمد بن سليمان المتوفى سنة ٨٧٩ هـ وهي مرتبة على ثلاثة أبواب الأول في الاصطلاحات والثاني في الحكم والثالث في التحذير من القضاء والتنشيط به.

انظر: كشف الظنون: ٢/١٠١٨.

وعلمه بقبوله أو بكونه أسرع قبولاً وطلب المدعي (لو في حق العبد إن لم يوجد بدله) أي: بدل الشاهد لأنها فرض كفاية تتعين لو لم يكن إلا شاهدان لتحمل أو أداء، وكذا الكاتب إذا تعين، لكن له أخذ الأجرة لا للشاهد، حتى لو أركبه بلا عذر لم تقبل، وبه تقبل لحديث: «أكرموا الشهود» وجوّز الثاني الأكل مطلقاً وبه يفتى. بحر. وأقره المصنف (و) يجب الأداء (بلا طلب لو) الشهادة في (حقوق الله تعالى) وهي كثيرة عدّ منها في الأشباه أربعة عشر. قال: ومتى أخذ شاهد الحسبة شهادته[1] بلا عذر فسق فترد (كطلاق امرأة) أي: بائناً (وعتق أمة) وتدبيرها، وكذا عتق عبد وتدبيره. شرح وهبانية. وكذا الرضاع كما مر في بابه، وهل يقبل جرح الشاهد حسبة؟ ....

القاضي لأداء الشهادة ويرجع إلى أهله في يومه ذلك قالوا: لا يأثم لأنه يلحقه ضرر بذلك، قال تعالى: ﴿ولاَ يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلاَ شَهِيدٌ﴾[1] بحر. قوله: (إن لم يوجد بدله) هذا هو خامس الشروط. أما الاثنان الباقيان فهما أن لا يعلم بطلان المشهود به، وأن لا يعلم أن المقر أقر خوفاً ح. قوله: (أخذ الأجرة) لينظر مع ما تقدم من قوله: «كل ما يجب على القاضي والمفتي لا يحل لهما أخذ الأجر به» وليس خاصاً بهما بدليل ما ذكروه من أن غاسل الأموات إذا تعين لا يحل له أخذ الأجر، فتأمل. قوله: (بلا عذر) بأن كان لهم قوة المشي أو مال يستكرون به الدواب. قوله: (وبه) أي: بالعذر كذا في الهامش. قوله: (مطلقاً) أي: سواء صنعه لأجلهم أو لا، ومنعه محمد مطلقاً، وبعضهم فصل. قوله: (أربعة عشر) قدمناها في الوقف ح. قوله: (حسبة) متعلق بالجرح لا بالشاهد ح قال في الأشباه: تقبل شهادة الحسبة بلا دعوى في طلاق المرأة[2] وعتق الأمة والوقف وهلال رمضان وغيره[3]، إلا هلال الفطر والأضحى والحدود إلا حد القذف والسرقة. واختلفوا

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (ومتى أخر شاهد الحسبة شهادته إلخ) في شرح البعلي وحاشية أبي السعود: يشترط لفسقه بالتأخير بعد العلم بالحرمة من غير عذر ظاهر تعينه لأداء الشهادة يبري عن «خزانة المفتين».

(2) قال الرافعي: قوله: (تقبل شهادة الحسبة بلا دعوى في طلاق المرأة) ولو رجعياً، قال في «الهندية» من متفرقات الدعوى: الدعوى في عتق الأمة وفي الطلقات الثلاث والطلاق البائن ليست بشرط لصحة القضاء، قالوا: وكذلك في الطلاق الرجعي لا تكون الدعوى شرطاً لصحته، لأن حكمه الحرمة بعد انقضاء العدة، وأنه حقه تعالى اهـ.

(3) قال الرافعي: قوله: (وهلال رمضان وغيره) إذا قصد بإثبات الهلال أمر ديني خالص له تعالى بأن غم هلال رمضان، فيحتاج لإثبات هلال شعبان أو غم هلالهما، فيحتاج لإثبات هلال رجب وهلم جرا اهـ. من الشرح الوهباني.

(١) سورة: البقرة (٢)، الآية: ٢٨٢.

الظاهر نعم لكونه حقاً لله تعالى. أشباه. فبلغت ثمانية عشر، وليس لنا مدعي حسبة إلا في الوقف على المرجوح فليحفظ (وسترها في الحدود أبرّ) لحديث: (من ستر ستر)، فالأولى الكتمان إلا لمتهتك. بحر (و) الأولى أن (يقول) الشاهد (في السرقة أخذ) إحياء للحق (لا سرق) رعاية للستر (ونصابها للزنىٰ أربعة رجال) ليس منهم ابن زوجها، ولو علق عتقه بالزنى وقع برجلين[1] ولا حدّ، ولو شهدا بعتقه ثم أربعة

في قبولها بلا دعوى في النسب كما في الظهيرية من النسب، وجزم بالقبول ابن وهبان في تدبير الأمة وحرمة[2] والخلع والإيلاء والظهار، ولا تقبل في عتق العبد بدون دعوى عنده خلافاً لهما.

واختلفوا على قوله: في الحرية الأصلية والمعتمد لا اهـ. وفي الظهيرية: إذا شهد اثنان على امرأة أن زوجها طلقها ثلاثاً أو على عتق أمة وقالا: كان ذلك في العام الماضي جازت شهادتهما، وتأخيرهما لا يوهن شهادتهما. قيل: وينبغي أن يكون ذلك وهنا في شهادتهما إذا علما أنه يمسكها إمساك الزوجات والإماء لأن الدعوى ليست شرطاً لقبول هذه الشهادة، فإذا أخروها صاروا فسقة اهـ. كذا في الهامش.

فرع: في المجتبى عن الفضلي: تحمل الشهادة فرض على الكفاية كأدائها وإلا لضاعت الحقوق، وعلى هذا الكاتب، إلا أنه يجوز له أخذ الأجرة على الكتابة دون الشهادة فيمن تعينت عليه بإجماع الفقهاء، وكذا من لم تتعين عليه عندنا وهو قول للشافعي، وفي قول: يجوز لعدم تعينه عليه اهـ شلبي اهـ ط. قوله: (ثمانية عشر) أي: بزيادة عتق العبد وتدبيره والرضاع والجرح. وأما طلاق المرأة وعتق الأمة وتدبيرها فمن الأربعة عشر ح. قوله: (إلا في الوقف) يعني إذا ادّعى الموقوف عليه أصل الوقف تسمع عند البعض، والمفتى به عدم سماعها إلا بتولية كما تقدم في الوقف ح. قوله: (والأولى أن يقول إلخ) فيه إشارة إلى أن المراد ستر أسباب الحدود. منهوات ابن كمال. قوله: (ونصابها) لم يقل وشرطها: أي: كما قال في الكنز لما سيأتي أن المرأة ليست بشرط في الولادة وأختيها. ابن كمال. قوله: (أربعة رجال) فلا تقبل شهادة النساء. قوله: (ابن زوجها) أي: إذا كان الأب مدّعياً. قال في البحر: اعلم أنه يجوز أن يكون من الأربعة ابن زوجها.

وحاصل ما ذكره في المحيط البرهاني: أن الرجل إذا كان له امرأتان ولإحداهما خمس بنين

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (ولو علق عتقه بالزنا وقع برجلين) الظاهر أنه يكفي رجل وامرأتان أيضاً، بل هو صريح ما يأتي.

(2) قال الرافعي: قوله: (وحرمة) عبارة «الأشباه» وحرمة مصاهرة.

بزناه محصناً فأعتقه القاضي ثم رجمه ثم رجع الكل ضمن الأوّلان قيمته لمولاه والأربعة ديته له أيضاً لو وارثه (و) لبقية (الحدود والقود و) منه (إسلام كافر ذكر) لمآلها لقتله بخلاف الأنثى. بحر (و) مثله (ردة مسلم رجلان) إلا المعلق فيقع ولا يحدّ كما مر (وللولادة واستهلال الصبيّ للصلاة عليه) وللإرث عندهما والشافعي وأحمد وهو أرجح. فتح (والبكارة وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه الرجال امرأة)

فشهد أربعة منهم على أخيهم أنه زنى بامرأة أبيهم تقبل، إلا إذا كان الأب مدعياً أو كانت أمهم حية اهـ. قوله: (فأعتقه) أي: حكم بعتقه. قوله: (لو وارثه) بأن لم يكن له وارث غيره وإلا لوارثه. قوله: (والقود) شمل القود في النفس والعضو، قيد به لما في الخانية: ولو شهد رجل وامرأتان بقتل الخطأ أو بقتل لا يوجب القصاص تقبل شهادتهم، وقوله: «بخلاف الأنثى» أي: فإنه يقبل على إسلامها بشهادة رجل وامرأتين، بل في المقدسي: لو شهد نصرانيان على نصرانية: أنها أسلمت جاز وتجبر على الإسلام.

قلت: وينبغي في النصراني كذلك فيجبر ولا تقبل، ورأيته في الولوالجية انتهى سائحاني. وانظر لم لم يقل كذلك في شهادة رجل وامرأتين على إسلامه لكنه يعلم بالأولى، وصرح به في البحر عن المحيط عند قوله: والذمي على مثله، وانظر ما مر في باب المرتد عن الدرر. قوله: (ومنه) أي: من القود ح. قوله: (لقتله) أي: إن أصر على كفره. قوله: (بخلاف الأنثى) فإنها لا تقتل، فتقبل شهادة رجل وامرأتين فلذا قيد بذكر. قوله: (رجلان) في البحر: لو قضى بشهادة رجل وامرأتين في الحدود والقصاص وهو يراه أو لا يراه ثم رفع إلى قاض آخر أمضاه.

وفي الخانية: رجل قال: إن شربت الخمر فمملوكي حرّ فشهد رجل وامرأتان أنه شربه عتق العبد ولا يحد السيد، وعلى قياس هذا إن سرقت، والفتوى على قول أبي يوسف فيهما، كذا في الهامش. قوله: (إلا المعلق فيقع) يعني ما علق على شيء مما يوجب الحد أو القود لا يشترط فيه رجلان بل يثبت برجل وامرأتين، وإن كان المعلق عليه لا يثبت بذلك. قاله في البحر. قوله: (كما مر) أي: قريباً. قوله: (وللولادة) لم يذكرها في الإصلاح. قال: لأن شهادة امرأة واحدة على الولادة إنما تكفي عندهما، خلافاً له على ما مر في باب ثبوت النسب، وأما شهادتهما على الاستهلال فتقبل بالإجماع في حق الصلاة، إنما قلنا في حق الصلاة لأن في حق الإرث لا تقبل عنده خلافاً لهما اهـ. قوله: (عندهما) قيد للإرث، وأما في حق الصلاة فتقبل اتفاقاً كما في المنح. قوله: (وعيوب النساء) أي: كما لو اشترى جارية فادعى أن بها قرناً أو رتقاً، لكن ذكر في المنح في باب خيار العيب عند قوله ادعى إباقاً: أن ما لا يعرفه إلا النساء يقبل في قيامه للحال قول امرأة ثقة، ثم إن كان بعد القبض لا يرد بقولها، بل لا بد من تحليف البائع، وإن كان قبله فكذلك عند محمد. وعند أبي يوسف: يرد بقولهن بلا يمين البائع اهـ.

حرة مسلمة والثنتان أحوط، والأصح قبول رجل واحد. خلاصة. وفي البرجندي عن الملتقط: أن المعلم إذا شهد منفرداً في حوادث الصبيان تقبل شهادته اهـ فليحفظ، (و) نصابها (لغيرها من الحقوق سواء كان) الحق (مالاً أو غيره كنكاح وطلاق ووكالة ووصية واستهلال صبي) ولو (للإرث رجلان) إلا في حوادث صبيان المكتب فإنه يقبل فيها شهادة المعلم منفرداً. قهستاني عن التجنيس (أو رجل وامرأتان) ولا يفرق بينهما لقوله تعالى: ﴿فتذكر إحداهما الأخرى﴾[1] ولا تقبل شهادة أربع بلا رجل لئلا يكثر خروجهن، وخصهن الأئمة الثلاثة بالأموال وتوابعها (ولزم في الكل) من المراتب الأربع (لفظ أشهد) بلفظ المضارع بالإجماع، وكل ما لا

وفي الفتح قبيل باب خيار الرؤية: أن الأصل أن القول لمن تمسك بالأصل. وأن شهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة إذا تأيدت بمؤيد، وإلا تعتبر لتوجه الخصومة لا لإلزام الخصم. ثم ذكر أنه لو اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده في بكارتها يريها القاضي النساء، فإن قلن بكر لزم المشتري لأن شهادتهن تأيدت بأن الأصل البكارة، وإن قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لأنها حجة قوية لم تتأيد بمؤيد، لكن تثبت الخصومة ليتوجه اليمين على البائع فيحلف بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر، فإن نكل ردت عليه، وإلا فلا اهـ ملخصاً. قوله: (رجل واحد) قال في المنح: وأشار بقوله: «فيما لا يطلع عليه الرجال» إلى أن الرجل لو شهد لا تقبل شهادته وهو محمول على ما إذا قال: تعمدت النظر. أما إذا شهد بالولادة وقال فاجأتها فاتفق نظري عليها تقبل شهادته إذا كان عدلاً كما في المبسوط اهـ. قوله: (لغيرها) أي: لغير الحدود والقصاص وما لا يطلع عليها الرجال. منح. فشمل القتل خطأ والقتل الذي لا قصاص فيه لأن موجبه المال، وكذا تقبل فيه الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي. رملي عن الخانية، وتمامه فيه. قوله: (ولو للإرث) في بعض النسخ «لو» بلا واو، والظاهر حذفها. تأمل. وقوله: «للإرث» أي: عند الإمام. قال في المنح: والعتاق والنسب. قوله: (إلا في حوادث إلخ) مكرر مع ما تقدم. قوله: (فتذكر إحداهما الأخرى) حكى أن أم بشر شهدت عند الحاكم فقال الحاكم فرقوا بينهما فقالت: ليس لك ذلك، قال الله تعالى: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ﴾[1] فسكت الحاكم. كذا في الملتقط. بحر. قوله: (وتوابعها) كالأجل وشرط الخيار. قوله: (لفظ أشهد) قال في اليعقوبية: والعراقيون لا يشترطون لفظ الشهادة في شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال فيجعلونها من باب الإخبار لا من باب الشهادة. والصحيح ما في الكتاب لأنه من باب الشهادة ولهذا شرط فيه شرائط الشهادة من الحرية ومجلس الحكم وغيرهما اهـ. قوله:

---

(١) سورة: البقرة (٢)، الآية: ٢٨٢.

يشترط فيه هذا اللفظ كطهارة ماء ورؤية هلال فهو إخبار لا شهادة (لقبولها والعدالة لوجوبه) في الينابيع: العدل من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج، ومنه الكذب لخروجه من البطن (لا لصحته) خلافاً للشافعي رضي الله تعالى عنه (فلو قضى بشهادة فاسق نفذ) وأثم. فتح (إلا أن يمنع منه) أي: من القضاء بشهادة الفاسق (الإمام فلا) ينفذ لما مر أنه يتأقت ويتقيد بزمان ومكان وحادثة وقول معتمد حتى لا ينفذ قضاؤه بأقوال ضعيفة، وما في القنية والمجتبى من قبول ذي المروءة الصادق فقول الثاني. بحر. وضعفه الكمال بأنه تعليل في مقابلة النص فلا يقبل، وأقره المصنف (وهي) إن (على حاضر يحتاج) الشاهد (إلى الإشارة إلى) ثلاثة مواضع: أعني (الخصمين والمشهود به لو عيناً) لا ديناً (وإن على غائب) كما في نقل الشهادة (أو ميت فلا بد) لقبولها (من نسبته إلى جده فلا يكفي ذكر اسمه واسم أبيه وصناعته إلا إذا كان يعرف بها) أي: بالصناعة (لا محالة) بأن لا يشاركه في المصر غيره[1] (فلو قضى بلا ذكر الجد نفذ) فالمعتبر التعريف لا تكثير الحروف، حتى لو عرف باسمه

(لوجوبه) أي: لوجوب القضاء على القاضي. منح. قوله: (العدل) قال في الذخيرة. وأحسن ما قيل في تفسير العدالة: أن يكون مجتنباً للكبائر، ولا يكون مصراً على الصغائر، ويكون صلاحه أكثر من فساده وصوابه أكثر من خطئه اهـ قتال. قوله: (لا لصحته) أي: لصحة القاضي يعني نفاذه. منح. قوله: (بشهادة فاسق نفذ) قال في جامع الفتاوى: وأما شهادة الفاسق، فإن تحرّى القاضي الصدق في شهادته تقبل، وإلا فلا اهـ قتال؛ وفي الفتاوى القاعدية: هذا إذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ. درر أول كتاب القضاء. وظاهر قوله: وهو مما يحفظ اعتماده اهـ. قوله: (بحر) الذي في البحر أنه رواية عن الثاني. قوله: (النص) وهو قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾[1] وأجبنا عنه أول القضاء. قوله: (يحتاج الشاهد إلخ).

فرع: في البزازية: كتب شهادته فقرأها بعضهم فقال الشاهد: أشهد أن لهذا المدعي على هذا المدعى عليه كل ما سمى ووصف في هذا الكتاب، أو قال: هذا المدعي الذي قرىء ووصف في هذا الكتاب في يد هذا المدعى عليه بغير حق وعليه تسليمه إلى هذا المدعي يقبل، لأن الحاجة

---

(1) قال الرافعي: (قول الشارح: (بأن لا يشاركه في المصر غيره) ومثله المحلة على ما يفهم مما نقله الأنقروي في الباب الأول من كتاب الشهادة، ونصه: ولو ذكر اسمه واسم أبيه وقبيلته وحرفته ولم يكن في محلته آخر بهذا الاسم وهذه الحرفة يكفي، ولو كان مثله آخر لا يكفي حتى يذكر شيئاً آخر يحصل به التمييز كذا في بق.

---

(١) سورة: الطلاق (٦٠٥)، الآية: ٢.

فقط أو بلقبه وحده كفى. جامع الفصولين وملتقط (ولا يسأل عن شاهد بلا طعن من الخصم إلا في حدّ وقود، وعندهما يسأل في الكل) إن جهل بحالهم. بحر (سرًا وعلناً به يفتى) وهو اختلاف زمان لأنهما كانا في القرن الرابع، ولو اكتفى بالسرّ جاز. مجمع، وبه يفتى. سراجية (وكفى في التزكية) قول المزكي (هو عدل في الأصح)

تدعو إليه لطول الشهادة ولعجز الشاهد عن البيان اهـ. قوله: (أو بلقبه) وكذا بصفته، كما أفتى به في الحامدية فيمن يشهد أن المرأة التي قتلت في سوق كذا يوم كذا في وقت كذا قتلها فلان تقبل بلا بيان اسمها وأبيها حيث كانت معروفة لم يشاركها في ذلك غيرها. قوله: (جامع الفصولين) أي: في الفصل التاسع. قوله: (يسأل) أي: وجوباً وليس بشرط للصحة عندهما كما أوضحه في البحر. وفيه: ومحل السؤال عن قولها عند جهل القاضي بحالهم، ولذا قال في الملتقط: القاضي إذا عرف الشهود بجرح أو عدالة لا يسأل عنهم اهـ. قوله: (به يفتى) مرتبط بقوله وعندهما يسأل في الكل.

قال في البحر: والحاصل: أنه إن طعن الخصم سأل عنهم في الكل وإلا سأل في الحدود والقصاص، وفي غيرها محل الاختلاف. وقيل هذا الاختلاف عصر وزمان، والفتوى على قولهما في هذا الزمان، كذا في الهداية انتهى. فكان ينبغي للمصنف أن يقدمه على قوله: «سراً وعلناً» لئلا يوهم خلاف المراد فإنه سينقل أن الفتوى الاكتفاء بالسر، وجزم به ابن الكمال في متنه. وذكر في البحر أن ما في الكنز خلاف المفتى به، وبه ظهر أن ما يفعل في زماننا من الاكتفاء بالعلانية خلاف المفتى به، بل في البحر لا بد من تقديم تزكية[1] السر على العلانية، لما في الملتقط عن أبي يوسف: لا أقبل تزكية العلانية حتى يزكى في السر اهـ فتنبه. قوله: (الرابع) والإمام في القرن الثالث الذي شهد له رسول الله ﷺ بالخيرية. قوله: (هو عدل) أي: وجائز الشهادة[2]. قال في الكافي: ثم قيل لا بد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة، إذ العبد والمحدود في القذف إذا تاب قد يعدل. والأصح أن يكتفي بقوله: هو عدل لثبوت الحرية بالدار[3]، كذا في الهامش، لكن في البحر: واختار السرخسي أنه لا يكتفي بقوله هو عدل، لأن المحدود في قذف بعد التوبة عدل غير جائز الشهادة، وينبغي ترجيحه اهـ. وفي الهامش قوله: قول المزكي إلخ أو يكتب في ذلك القرطاس تحت اسمه هو عدل، ومن عرف في الفسق لا يكتب شيئاً احترازاً عن الهتك أو يكتب

---

(1) قال الرافعي: قوله: (بل في «البحر» لا بدّ من تقديم تزكية إلخ) ذكر المقدسي عبارة «البحر» بتمامها ثم قال: يمكن أن يقال: مراده أي: الملتقط الجمع لا الترتيب.

(2) قال الرافعي: قوله: (أي: وجائز الشهادة) لا حاجة لذكره حيث جرى المصنف على الأصح.

(3) قال الرافعي: قوله: (لثبوت الحرية بالدار) فيه أن هذا من الظاهر وهو لا يصلح حجة مثبتة وإنما هو للدفع والشهادة للإثبات اهـ. ط.

لثبوت الحرية بالدار. درر: يعني الأصل فيمن كان في دار الإسلام الحرية، فهو بعبارته جواب عن النقض بالعبد بدلالته جواب عن النقض بالمحدود. ابن كمال **(والتعديل من الخصم الذي لم يرجع إليه في التعديل لم يصلح)** فلو كان ممن يرجع إليه في التعديل صح. بزازية. والمراد بتعديله تزكيته بقوله هم عدول، زاد: لكنهم أخطأوا ونسوا أو لم يزد (و) أما **(قوله صدقوا أو هم عدول صدقة)** فإنه **(اعتراف بالحق)** فيقضي بإقراره لا بالبينة عند الجحود اختيار. وفي البحر عن التهذيب: يحلف الشهود في زماننا لتعذر التزكية إذ المجهول لا يعرف المجهول، وأقره المصنف. ثم نقل عنه عن الصيرفية تفويضه للقاضي.

قلت: ولا تنس ما مر عن الأشباه (و) الشاهد **(له أن يشهد بما سمع أو رأى في مثل البيع)** ولو بالتعاطي فيكون من المرئي ....

الله أعلم. درر. **قوله**: **(الحرية)** مخالف لما نقل في بعض الشروح عن الجامع الكبير من أن الناس أحرار إلا في الشهادة والحدود والقصاص كما لا يخفى، فليتأمل. يعقوبية. لكن ذكر في البحر عن الزيلعي أن هذا محمول على ما إذا طعن الخصم بالرق كما قيده القدوري اهـ. **قوله**: **(بالمحدود)** أي: قولهم الأصل فيمن كان في دار الإسلام الحرية بمفهوم الموافقة المسمى بدلالة النص جواب عن النقض بالمحدود في القذف الوارد على ما تقدم، فإن العدالة لا تستلزم عدم الحد في القذف، وإنما دل بمفهوم الموافقة لأن الأصل فيمن كان في دار الإسلام عدم الحد في القذف أيضاً فهو مساو. ح **قوله**: **(والتعديل)** أي: التزكية. **قوله**: **(من الخصم)** أي: المدعى عليه والمدعي بالأولى، وأطلقه فشمل ما إذا عدله المدعى عليه قبل الشهادة أو بعدها كما في البزازية، ويحتاج إلى تأمل، فإنه قبل الدعوى لم يوجد منه كذب في إنكاره وقت التعديل، وكأن الفسق الطارىء على المعدل قبل القضاء كالمقارن. بحر. **قوله**: **(لم يصلح)** أي: لم يصلح مزكياً. قال في الهامش: لأن من زعم المدعي وشهوده أن المدعى عليه كاذب في الإنكار وتزكية الكاذب الفاسق لا تصح، هذا عند الإمام. وعندهما تصح إن كان من أهله بأن كان عدلاً، لكن عند محمد لا بد من ضم آخر إليه. **قوله**: **(عن الأشباه)** أي: قبيل التحكيم من أن الإمام لوأمر قضاته بتحليف الشهود وجب على العلماء أن ينصحوه ويقولوا له إلخ. **قوله**: **(في مثل البيع)** ولا بد من بيان الثمن في الشهادة على الشراء وسنوضحه في باب الاختلاف، فراجعه. **قوله**: **(ولو بالتعاطي)** وفيه يشهدون بالأخذ والإعطاء، ولو شهدوا بالبيع جاز. بحر عن البزازية. وفيه عن الخلاصة: رجل حضر بيعاً ثم احتيج إلى الشهادة للمشتري يشهد له بالملك بسبب الشراء ولا يشهد له بالملك المطلق اهـ. وفيه: ولا بد من بيان الثمن في الشهادة على الشراء لأن الحكم بالشراء بثمن مجهول لا يصح كما في البزازية، وانظر ما سيأتي وما مر.

(والإقرار) ولو بالكتابة فيكون مرئياً **(وحكم الحاكم والغصب والقتل وإن لم يشهد عليه)** ولو مختفياً يرى وجه المقرّ ويفهمه **(ولا يشهد على محجب بسماعه منه إلا إذا تبين القائل)** بأن لم يكن في البيت غيره، لكن لو فسر لا تقبل. درر **(أو يرى شخصها)** أي: القائلة **(مع شهادة اثنين بأنها فلانة بنت فلان بن فلان)** ويكفي هذا للشهادة على الاسم والنسب، وعليه الفتوى. جامع الفصولين.

وفي الهامش عن الدرر: ويقول أشهد أنه باع أو أقرّ لأنه عاين السبب فوجب عليه الشهادة به كما عاين وهذا إذا كان البيع بالعقد ظاهراً، وإن كان بالتعاطي فكذلك، لأن حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد وجد؛ وقيل: لا يشهدون على البيع بل على الأخذ والإعطاء لأنه بيع حكمي لا حقيقي اهـ. **قوله: (والإقرار)** بأن يسمع قول المقر: لفلان عليّ كذا. درر. كذا في الهامش. **قوله: (ولو بالكتابة)** في البحر عن البزازية ما ملخصه: إذا كتب إقراره بين يدي الشهود ولم يقل شيئاً لا يكون إقراراً فلا تحل الشهادة به ولو كان مصدراً مرسوماً وإن لغائب على وجه الرسالة على ما عليه العامة، لأن الكتابة قد تكون للتجربة، وفي حق الأخرس يشترط أن يكون معنوناً مصدراً وإن لم يكن إلى الغائب، وإن كتب وقرأ عند الشهود مطلقاً[1] أو قرأه غيره وقال الكاتب: اشهدوا عليّ به أو كتبه عندهم وقال: اشهدوا عليّ بما فيه كان إقراراً وإلا فلا، وبه ظهر أن ما هنا خلاف ما عليه العامة، لكن جزم به في الفتح وغيره. **قوله: (وإن لم يشهد عليه)** لو قال المؤلف: ولو قال: لا تشهد عليّ بدل قوله: وإن لم يشهد عليه لكان أفود؛ لما في الخلاصة: لو قال المقر: لا تشهد عليّ بما سمعت تسعه الشهادة اهـ. فيعلم حكم ما إذا سكت بالأولى. بحر. وفيه: وإذا سكت يشهد بما علم ولا يقول: اشهدني لأنه كاذب. **قوله: (غيره)** انظر عبارة البحر. **قوله: (فسر)** أي: بأنه شاهد على المحجب. **قوله: (شخصها)** في الملتقط: إذا سمع صوت المرأة ولم ير شخصها فشهد اثنان عنده أنها فلانة لا يحل له أن يشهد عليها، وإن رأى شخصها وأقرت عنده فشهد اثنان أنها فلانة حل له أن يشهد عليها بحر اهـ من أول الشهادات، واحترز برؤية شخصها عن رؤية وجهها. **قال في جامع الفصولين:** حسرت عن وجهها وقالت: أنا فلانة بنت فلان بن فلان وهبت لزوجي مهري فلا يحتاج الشهود إلى شهادة عدلين أنها فلانة بنت فلان ما دامت حية إذ يمكن الشاهد أن يشير إليها، فإن ماتت فحينئذ يحتاج الشهود إلى شهادة عدلين بنسبها. **قوله: (وعليه الفتوى)** ومقابله يقول: لا بد من شهادة جماعة ولا يكفي الاثنان. ذكر الفقيه أبو الليث عن نصير بن يحيى قال: كنت عند أبي سليمان فدخل ابن محمد بن الحسن فسأله عن الشهادة على المرأة متى تجوز إذا لم يعرفها؟ قال: كان أبو حنيفة يقول: لا تجوز حتى يشهد عنده جماعة أنها

---

(1) قال [illegible]: قوله: (وإن كتب وقرأ عند الشهود مطلقاً) وإن لم يقل: اشهدوا عليّ.

فرع: في الجواهر عن محمد: لا ينبغي للفقهاء كتب الشهادة، لأن عند الأداء يبغضهم المدعى عليه فيضره (وإذا كان بين الخطين) بأن أخرج المدعي خط إقرار المدعى عليه فأنكر كونه خطه فاستكتب فكتب وبين الخطين (مشابهة ظاهرة) على أنهما خط كاتب واحد (لا يحكم عليه بالمال) هو الصحيح. خانية. وإن أفتى قارىء الهداية بخلافه فلا يعوّل عليه، وإنما يعوّل على هذا التصحيح، لأن قاضيخان من أجل من يعتمد على تصحيحاته، كذا ذكره المصنف هنا؛ وفي كتاب الإقرار: واعتمده في الأشباه، لكن في شرح الوهبانية: لو قال: هذا خطي لكن ليس عليّ هذا المال، إن كان الخط على وجه الرسالة مصدّراً معنوناً لا يصدق ويلزم بالمال، ونحوه في الملتقط وفتاوى قارىء الهداية فراجع ذلك ....

فلانة، وكان أبو يوسف وأبوك يقولان: يجوز إذا شهد عنده عدلان أنها فلانة. وهو المختار للفتوى، وعليه الاعتماد لأنه أيسر على الناس اهـ.

واعلم أنهما كما احتاجا للاسم والنسب للمشهود عليه وقت التحمل يحتاجان عند أداء الشهادة إلى من يشهد أن صاحبة الاسم والنسب هذه. وذكر الشيخ خير الدين أنه يصح التعريف ممن لا تقبل شهادته لها سواء كانت الشهادة عليها أو لها. سانحاني بزيادة من البحر وغيره. **قوله: (لأن عند إلخ)** اسم إن ضمير الشأن محذوفاً والجملة بعده خبرها. **قوله: (فيضره)** أي: يضر المدعى عليه بغضه للفقيه. **قوله: (وإذا كان بين الخطين إلخ)** وفي الباقاني عن خزانة الأكمل: صراف كتب على نفسه بمال معلوم وخطه معلوم بين التجار وأهل البلد، ثم مات فجاء غريمه يطلب المال من الورثة وعرض خط الميت بحيث عرف الناس خطه حكم بذلك في تركته: إن ثبت أنه خطه، وقد جرت العادة بين الناس أن مثله حجة، وهذا مشكل لكونها شهادة على الخط وهنا لم يعتبروا هذا الاشتباه، ووجهه لا ينهض وسيجيء؛ وقدم الشارح أنه لا يعمل بالخط إلا في مسألتين: يعمل بكتاب أهل الحرب بطلب الأمان كما في سير الخانية، ويلحق به البراءات السلطانية بالوظائف في زماننا. الثانية: يعمل بدفتر السمسار والصراف والبياع كما في قضاء الخانية اهـ. كذا في الهامش. **قوله: (ظاهرة)** ضمنه معنى دالة فعداه بعلى أو متعلقة بتدل محذوفاً أو لفظ على بمعنى في. **قوله: (لا يصدق)** هذا خلاف ما عليه العامة كما قدمناه عن البحر. **قوله: (وفتاوى قارىء الهداية)** عبارتها: سئل إذا كتب شخص ورقة بخطه أن في ذمته لشخص كذا ثم ادعى عليه فجحد المبلغ واعترف بخطه ولم يشهد عليه: أجاب إذا كتب على رسوم الصكوك يلزم المال، وهو أن يكتب يقول: فلان بن فلان الفلاني إن في ذمته لفلان ابن فلان الفلاني كذا وكذا فهو إقرار يلزم به وإن لم يكتب على هذا الرسم فالقول قوله مع يمينه اهـ. ثم أجاب عن سؤال آخر نحوه بقوله إذا كتب إقراره على الرسم المتعارف بحضرة الشهود فهو معتبر فيسع من شاهد كتابته

(ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد عليه) وقيده في النهاية بما إذا سمعه في غير مجلس القاضي، فلو فيه جاز وإن لم يشهده. شرنبلالية عن الجوهرة. ويخالفه تصوير صدر الشريعة وغيره، وقولهم لا بد من التحميل وقبول التحميل وعدم النهي بعد التحميل على الأظهر. نعم الشهادة بقضاء القاضي صحيحة وإن لم يشهدهما القاضي عليه، وقيده أبو يوسف بمجلس القضاء وهو الأحوط. ذكره في الخلاصة (كفى) عدل (واحد) في اثنتي عشرة مسألة على ما في الأشباه: منها إخبار القاضي بإفلاس المحبوس بعد المدة و(للتزكية) أي: تزكية السر، وأما تزكية العلانية فشهادة إجماعاً (وترجمة الشاهد) والخصم ....

أن يشهد عليه إذا جحده إذا عرف الشاهد ما كتب أو قرأه عليه. أما إذا شهدوا أنه خطه من غير أن يشاهدوا كتابته لا يحكم بذلك اهـ.

وحاصل الجوابين: أن الحق يثبت باعترافه بأنه خطه أو بالشهادة عليه بذلك إذا عاينوا كتابته أو إقراءه عليهم وإلا فلا، وهذا إذا كان معنوناً. ثم لا يخفى أن هذا لا يخالف ما في المتن، نعم يخالف ما في البحر عن البزازية في تعليل المسألة بقوله، لأنه لا يزيد على أن يقول: هذا خطي وأنا حرّرته، لكن ليس عليّ هذا المال وثمة لا يجب كذا هنا. وقد يوفق بينهما بحمله على ما إذا لم يكن معنوناً، لكن هو قول القاضي النسفي كما في البزازية، وقد قدمنا أنه خلاف ما عليه العامة. قوله: (ما لم يشهد عليه) أي: ما لم يقل له الشاهد أشهد على شهادتي. قوله: (تصوير صدر الشريعة) حيث قال: سمع رجل أداء الشهادة عند القاضي لم يسغ له أن يشهد على شهادته ح. قوله: (وقولهم) عطف على تصوير ووجه المخالفة الإطلاق وعدم تقييد الاشتراط بما إذا كانت عند غير القاضي. قوله: (وقبول التحميل) فلو أشهده عليها فقال: لا أقبل لا يصير شاهداً، حتى لو شهد بعد ذلك لا يقبل. قنية. وينبغي أن يكون هذا على قول محمد من أنه توكيل وللوكيل أن لا يقبل. وأما على قولهما: من أنه تحميل فلا يبطل بالرد، لأن من حمل غيره شهادة لم تبطل بالرد. بحر. قوله: (بعد المدة) أي: بعد أن حبسه القاضي مدة يعلم من حاله أنه لو كان له مال لقضى دينه ولم يصبر على ذل الحبس كما تقدم. مدني. قوله: (فشهادة إجماعاً) الأحسن ما في البحر حيث قال: وقيدنا بتزكية السر للاحتراز عن تزكية العلانية، فإنه يشترط لها جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر وغير ذلك، إلا لفظ الشهادة إجماعاً، لأن معنى الشهادة فيها أظهر فإنها تختص بمجلس القضاء، وكذا يشترط العدد فيها على ما قاله الخصاف اهـ.

وفي البحر أيضاً: وخرج من كلامه تزكية الشاهد بحد الزنى فلا بد في المزكي فيها من أهلية الشهادة والعدد الأربعة إجماعاً، ولم أر الآن حكم تزكية الشاهد ببقية الحدود، ومقتضى ما قالوه: اشتراط رجلين لها اهـ. قوله: (والخصم) أي: المدعي أو المدعى عليه كما في الفتح. قوله:

(والرسالة) من القاضي إلى المزكي والاثنان أحوط، وجاز تزكية عبد وصبيّ ووالد، وقد نظم ابن وهبان منها أحد عشر فقال:

وَيُقْبَلُ عَدْلٌ وَاحِدٌ فِي تَقَوُّمٍ ... وَجُرْحٍ وَتَعْدِيلٍ وَأَرْشٍ يُقَدَّرُ

وَتَرْجَمَةٍ وَالسَّلْمِ هَلْ هُوَ جَيِّدٌ ... وَإِفْلَاسِهِ الإِرْسَالِ وَالْعَيْبُ يَظْهَرُ

وَصَوْمٍ عَلَى مَا مَرَّ أَوْ عِنْدَ عِلَّةٍ ... وَمَوْتٍ إِذَا الشَّاهِدَيْنِ يُخَبِّرُ

(والتزكية للذمي) تكون (بالأمانة في دينه ولسانه ويده وأنه صاحب يقظة) فإن لم يعرفه المسلمون سألوا عنه عدول المشركين. اختيار. وفي الملتقط: عدّل نصراني ثم أسلم قبلت شهادته، ولو سكر الذمي لا تقبل (ولا يشهد من رأي خطه ولم يذكرها) أي: الحادثة (كذا القاضي والراوي) لمشابهة الخط للخط، وجوّازه لو

(إلى المزكي) وكذا من المزكي إلى القاضي. فتح. قوله: (وجاز تزكية إلخ) وكذا تزكية المرأة والأعمى، بخلاف ترجمتها كما في البحر. قوله: (ووالد) لولد. زاد في البحر: وعكسه: والعبد لمولاه وعكسه، والمرأة والأعمى، والمحدود في قذف إذا تاب، وأحد الزوجين للآخر. قوله: (تقوم) أي: تقوم الصيد والمتلفات. قوله: (هو جيد) أي: المسلم فيه، كذا في الهامش. قوله: (وإفلاسه) يعني إذا أخبر القاضي بإفلاس المحبوس بعد مضيّ مدة الحبس أطلقه. حموي على الأشباه. كذا في الهامش. قوله: (والعيب يظهر) أي: في إثبات العيب الذي يختلف فيه البائع والمشتري. قوله: (على ما مر) أي: من رواية الحسن من قبول خبر الواحد بلا علة. قوله: (وموت) أي: موت الغائب. قوله: (يخبر) أي: إذا شهد عدل عند رجلين على موت رجل وسعهما أن يشهدا على موته. والثانية عشر قول أمين القاضي: إذا أخبره بشهادة شهود على عين تعذر حضورهما كما في دعوى القنية. أشباه مدني. قوله: (وفي الملتقط إلخ) وفي الخانية: صبيّ احتلم لا أقبل شهادته ما لم أسأل عنه، ولا بد أن يتأنى بعد البلوغ بقدر ما يقع في قلوب أهل مسجده ومحلته كما في الغريب أنه صالح أو غيره اهـ. وفرق في الظهيرية بينهما: بأن النصراني كان له شهادة مقبولة قبل إسلامه بخلاف الصبيّ، وهو يدل على أن الأصل عدم العدالة. بحر. قوله: (ولم يذكرها) وهذا قولهما. وقال أبو يوسف: يحل له أن يشهد. وفي الهداية محمد مع أبي يوسف وقيل لا خلاف بينهم في هذه المسألة أنهم متفقون على أنه لا يحل له أن يشهد في قول أصحابنا جميعاً إلا أن يتذكر الشهادة، وإنما الخلاف بينهم فيما إذا وجد القاضي شهادة في ديوانه لأن ما في قمطره تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة في الصك لأنها في يد غيره، وعلى هذا إذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق بهم أنا شهدنا نحن وأنت كذا في الهداية. وفي البزدوي: الصغير إذا استيقن أنه خطه وعلم أنه لم يزد فيه شيء بأن كان مخبوءاً عنده وعلم بدليل آخر أنه لم يزد فيه، لكن لا يحفظ ما

في حوزه، وبه نأخذ. بحر عن المبتغى (ولا) يشهد أحد (بما لم يعاينه) بالإجماع (إلا في) عشرة على ما في شرح الوهبانية: منها العتق والولاء عند الثاني والمهر على الأصح. بزازية[1]. و(النسب والموت والنكاح والدخول) بزوجته ....

سمع، فعندهما لا يسعه أن يشهد وعند أبي يوسف يسعه، وما قاله أبو يوسف هو المعمول به. وقال في التقويم: قولهما هو الصحيح. جوهرة. قوله: (عن المبتغى) قدمنا في كتاب القاضي عن الخزانة أنه يشهد وإن لم يكن الصك في يد الشاهد لأن التغيير نادر وأثره يظهر فراجعه، ورجح في الفتح ما ذكره الشارح وذكر له حكاية تؤيده. قوله: (إلا في عشرة) كلها مذكورة هنا متناً وشرحاً آخرها قول المتن: «ومن في يده شيء» ح. وفي الطبقا السنية للتميمي في ترجمة إبراهيم بن إسحاق من نظمه:

أَفْهَمْ مَسَائِلَ سِتَّةً وَاشْهَدْ بِهَا … مِنْ غَيْرِ رُؤْيَاهَا وَغَيْرِ وُقُوفِ
نَسَبٌ وَمَوْتٌ وَالوِلاَدُ[2] وَنَاكِحٌ … وَوِلاَيَةُ القَاضِي وَأَصْلُ وُقُوفِ اهـ

قوله: (والنسب) قال في فتاوى قارىء الهداية: ولو أن رجلاً نزل بين ظهراني قوم وهم لا يعرفونه وقال: أنا فلان بن فلان، قال محمد رضي الله عنه: لا يسعهم أن يشهدوا على نسبه حتى يلقوا من أهل بلده رجلين يشهدان عندهم على نسبه، قال الخصاف: وهو الصحيح اهـ. كذا في الهامش. قوله: (والموت) قال في الثاني عشر من جامع الفصولين: شهد أحد العدلين بموت الغائب والآخر بحياته فالمرأة تأخذ بقول: من يخبر بموته، وتمامه فيه اهـ. كذا في الهامش. وفيه: إذا لم يعاين الموت إلا واحد لا يقضي به وحده، ولكن لو أخبر به عدلاً مثله فإذا سمع منه حلّ له أن يشهد بموته فيشهدان فيقضي. جامع الفصولين. وفيه: ولو جاء خبر بموت رجل من أرض أخرى وصنع أهله ما يصنع على الميت لم يسغ لأحد أن يشهد بموته إلا من شهد موته أو سمع من شهد موته، لأن مثل هذا الخبر قد يكون كذباً جامع الفصولين اهـ. قوله: (والنكاح) قال في جامع الفصولين: الشهادة بالسماع من الخارجين[3] من بين جماعة حاضرين في بيت عقد

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (والمهر على الأصح «بزازية») وصححه في «الخانية» أيضاً.

(2) قال الرافعي: قوله: (والولاد) أي: الولادة، وهذا لم يذكره الشارح ولا المصنف، وقد ذكره الأنقروي نقلاً عن «المحيط»، وعبارته في الفصل السابع في دعوى النسب: إذا ولدت أمة الرجل ولداً فادعت أن مولاها أقر به وجحد المولى ذلك، وأقامت على ذلك شاهدين فشهد أحدهما أنه ولد على فراشه، وشهد الآخر أن المولى أقر به، فالقاضي لا يقبل شهادتهما، وإن اتفقا على إقرار المولى بها، أو اتفقا على نفس الولادة على فراشه قبلت، فإن قيل: كيف يعلم الشاهد ولادة ولد على فراشه، قلنا أصل الولادة يعلمها الشاهد بطريقين بالمعاينة إن اتفق له ذلك كما في الزنا، أو بالشهرة والتسامع كذا في «المحيط البرهاني» اهـ.

(3) قال الرافعي: قوله: (قال في «جامع الفصولين» الشهادة بالسماع من الخارجين إلخ) عبارة «جامع =

(وولاية القاضي وأصل الوقف) وقيل: وشرائطه على المختار كما مر في بابه (و) أصله (هو كل ما تعلق به صحته وتوقف عليه) وإلا فمن شرائطه (فله الشهادة بذلك إذا أخبره بها) بهذه الأشياء (من يثق) الشاهد (به) من خبر جماعة لا يتصوّر تواطؤهم على الكذب بلا شرط عدالة أو شهادة عدلين، إلا في الموت فيكفي العدل ولو أنثى وهو المختار، ملتقى وفتح. وقيده شارح الوهبانية بأن لا يكون المخبر متهما كوارث وموصى له (ومن في يده شيء سوى رقيق) علم رقه و(يعبر عن نفسه)[1] وإلا فهو كمتاع فـ(ـلك أن تشهد) به (أنه له إن وقع في قلبك ذلك) أي: أنه ملكه (وإلا لا) ولو عاين القاضي ذلك جاز له القضاء به. بزازية: ....

النكاح بأن المهر كذا يقبل لا ممن سمع من غيرهم اهـ. كذا في الهامش. قوله: (وولاية القاضي) ويزاد الوالي كما في الخلاصة والبزازية. قوله: (وشرائطه) المراد من الشرائط أن يقولوا: إن قدراً من الغلة لكذا ثم يصرف الفاضل إلى كذا بعد بيان الجهة. بحر. قوله: (كما مر) أي: في كتاب الوقف، وقدمنا هناك تحقيقه. قوله: (عدلين) يعني ومن في حكمهما وهو عدل وعدلتان كما في الملتقى. قوله: (إلا في الموت) قال في جامع الفصولين: شهدا أن أباه مات وتركه ميراثاً له إلا أنهما لم يدركا الموت لا تقبل لأنهما شهدا بملك للميت بسماع لم تجز اهـ. قوله: (ومن في يده إلخ) في عد هذه من العشرة نظر، ذكره في الفتح والبحر[2]. قوله: (علم رقه) صوابه: «لم يعلم رقه» كما هو ظاهر لمن تأمل. مدني. قوله: (لك أن تشهد إلخ) قال في البحر: ثم اعلم أنه إنما يشهد بالملك لذي اليد بشرط أن لا يخبره عدلان بأنه لغيره[3]، فلو أخبره لم تجز له الشهادة بالملك كما في الخلاصة اهـ. قوله: (ذلك) قال في الشرنبلالية: إذا رأى إنسان درة ثمينة في يد كناس أو كتاباً في يد جاهل ليس في آبائه من هو أهل لا يسعه أن يشهد بالملك له فعرف أن مجرد

= الفصولين»: قوم خرجوا من بيت رجل، فأخبروا من في الخارج أن فلانة زوجت على كذا من المهر وسع الخارجين أن يشهدوا أن المهر كذا وكذا، ولو قالوا: سمعنا من الذين خرجوا يقولون: إن المهر كذا لا تقبل.

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (يعبر عن نفسه) الفرق بين من يعبر عن نفسه ومن لا يعبر أن من يعبر له يد على نفسه تدفع يد الغير عنه، فانعدم دليل الملك بخلاف من لا يعبر فإنه كالمتاع.

(2) قال الرافعي: قوله: (نظر ذكره في «الفتح» و«البحر») عبارة «البحر»: وأورد عليه لزوم الشهادة بالمال بالسماع، وأجيب بأنه في ضمن الشهادة بالنسب كما في «النهاية»، وتعقبه في «فتح القدير» بأن مجرد ثبوت نسب بالشهادة عند القاضي لم يوجب ثبوت ملكه الضيعة لولا الشهادة به، وكذا المقصود ليس إثبات النسب بل الملك في الضيعة اهـ، إلا أن هذا الإيراد إنما هو فيما إذا عاين محدوداً دون المالك لأن النسب يثبت بالسماع وشهرة الاسم كالمعاينة.

(3) قال الرافعي: قوله: (بشرط أن لا يخبره عدلان بأنه لغيره) هذا الشرط ليس خاصاً بما هنا.

أي: إذا ادعاه المالك، وإلا لا (وإن فسر) الشاهد (للقاضي أن شهادته بالتسامع أو بمعاينة اليد ردت) على الصحيح (إلا في الوقف والموت إذا) فسرا و (قالا فيه أخبرنا من نثق به) تقبل (على الأصح) خلاصة. بل في العزمية عن الخانية: معنى التفسير[1] أن يقولا: شهدنا لأنا سمعنا من الناس، أما لو قالا: لم نعاين ذلك ولكنه اشتهر عندنا جازت في الكل، وصححه شارح الوهبانية وغيره اهـ.

اليد لا يكفي اهـ مدني. قوله: (إذا ادّعاه) أشار إلى التوفيق بينه وبين ما في الزيلعي كما أوضحه في البحر. قوله: (أو بمعاينة اليد) أي: بأن يقول: لأني رأيته في يده يتصرف فيه تصرف الملاك. جامع الفصولين. وفي الظهيرية: من الشهرة الشرعية أن يشهد عنده عدلان أو رجل وامرأتان بلفظ الشهادة من غير استشهاد ويقع في قلبه أن الأمر كذلك اهـ. ومثله في جامع الفصولين. قوله: (على الأصح) انظر ما كتبناه في كتاب الوقف في فصل يراعي شرط الواقف نقلاً عن مجموعة شيخ مشايخنا منلا علي، فإنه صحح عدم القبول تعويلاً على ما في عامة المتون وغيرها، وأن ما في المتون مقدم على الفتاوى، وبه أفتى الرملي ومفتي دار السلطنة علي أفندي. قوله: (خلاصة) كتبت فيما مر تأييده. قوله: (سمعنا من الناس إلخ) قال في الخانية: شهدنا بذلك لأنا سمعنا من الناس لا تقبل شهادتهم.

أقول: بقي لو قال: أخبرني من أثق به، وظاهر كلام الشارح أنه ليس من التسامع، لكن في البحر عن الينابيع أنه منه، ولو شهدا على موت رجل فإما أن يطلقا فتقبل أو قالا: لم نعاين موته وإنما سمعنا من الناس، فإن لم يكن موته مشهوراً فلا تقبل بلا خلاف، وإن كان مشهوراً ذكر في الأصل أنه تقبل، وقال بعضهم: لا تقبل وبه أخذ الصدر الشهيد. وفي العناية: هو الصحيح. وإن قالا: نشهد أنه مات أخبرنا بذلك من شهد موته ممن يوثق به جازت، وقال بعضهم: لا تجوز. حامدية. قوله: (في الكل) أي: فيما يجوز فيه الشهادة بالسماع كما في الخانية. كذا في الهامش.

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (بل في «العزمية» عن «الخانية» معنى التفسير إلخ) ونقل ما في «الخانية» في «البزازية» عنها وعبارتها: وفي فتاوى القاضي لو قالا فيما تقبل الشهادة بالتسامع: لم نعاين ذلك لكنه اشتهر ذلك عندنا تقبل، ولو قالا: لأنا سمعناه من الناس لا تقبل انتهى، والمذكور في «المنح» مثل ما في الشارح وعبارتها: ومعنى التفسير للقاضي أن يقولا: شهدنا لأنا سمعنا من الناس، أما إذا قالا: لم نعاين ذلك، ولكنه اشتهر عندنا جازت كذا في «الخلاصة» و«البزازية» اهـ، وقد ذكر في كتاب الوقف عن «الدرر» تصوير التفسير بأن يقولوا: نشهد بالتسامع، وفي حاشية نوح: الشهادة بالشهرة أن يدّعي المتولي أن هذه الضيعة وقف على كذا مشهور، ويشهد الشهود بذلك، والشهادة بالتسامع أن يقول الشاهد: أشهد بالتسامع اهـ. قال المحشي: ولا يخفى أن المآل واحد، وإن اختلفت المادة.

١ ــ بَابُ القَبُولِ وَعَدَمِهِ

أي: من يجب على القاضي قبول شهادته ومن لا يجب لا من يصح قبولها، أو لا يصح لصحة الفاسق مثلاً كما حققه المصنف تبعاً ليعقوب باشا وغيره.

(تقبل من أهل الأهواء) أي: أصحاب بدع لاتكفر كجبر وقدر ورفض وخروج وتشبيه وتعطيل، وكل منهم اثنتا عشرة فرقة فصاروا اثنين وسبعين (إلا الخطابية) صنف من الروافض يرون الشهادة لشيعتهم ولكل من حلف أنه محق فودّهم لا

بَابُ القَبُولِ وَعَدَمِهِ

قوله: (أي من يجب إلخ) قال في البحر: والمراد من يجب قبول شهادته على القاضي ومن لا يجب لا من يصح قبولها ومن لا يصح، لأن ممن ذكره ممن لا تقبل الفاسق وهو لو قضى بشهادته صح، بخلاف العبد والصبيّ والزوجة والولد والأصل، لكن في خزانة المفتين: إذا قضى بشهادة الأعمى والمحدود في القذف إذا تاب أو بشهادة أحد الزوجين مع آخر لصاحبه أو بشهادة الوالد لولده أو عكسه نفذ حتى لا يجوز للثاني إبطاله، وإن رأى بطلانه فالمراد من عدم القبول عدم حله. وذكر في منية المفتي اختلافاً في النفاذ بشهادة المحدود بعد التوبة اهـ. قوله: (لصحة الفاسق) أي: شهادته. قوله: (مثلاً) إنما قال مثلاً ليشمل الأعمى. قوله: (تقبل إلخ) أي: لا قبولاً عاماً[1] على المسلمين وغيرهم، بل المراد أصل القبول، فلا ينافي أن بعضهم كفار، وإنما تقبل شهادتهم لأن فسقهم من حيث الاعتقاد، وما أوقعهم فيه إلا التعمق والغلوّ في الدين، والفاسق إنما ترد شهادته بتهمة الكذب. مدني. قوله: (لا تكفر) فمن وجب إكفاره منهم فالأكثر على عدم قبوله كما في التقرير. وفي المحيط البرهاني: وهو الصحيح، وما ذكر في الأصل محمول عليه. بحر. وفيه عن السراج: وأن لا يكون ماجناً، ويكون عدلاً في تعاطيه. واعترضه بأنه ليس مذكوراً في ظاهر الرواية، وفيه نظر فإنه شرط في السني فما ظنك في غيره. تأمل. قوله: (ولكل من حلف أنه محق فودهم إلخ) الأولى التعبير بالراء كما في الفتح بدل الواو، وهٰذا قول ثان في تفسيرهم كما في البحر وشرح ابن الكمال. نعم في شرح المجمع كما هنا حيث قال: هم صنف من الروافض ينسبون إلى أبي الخطاب محمد بن أبي وهب الأجدع الكوفي يعتقدون جواز الشهادة لمن حلف عندهم أنه محق، ويقولون: المسلم لا يحلف كاذباً، ويعتقدون أن الشهادة واجبة لشيعتهم سواء كان صادقاً أو كاذباً اهـ. وفي تعريفات السيد الشريف ما يفيد أنهم كفار، فإنه قال ما نصه: قالوا الأئمة الأنبياء وأبو الخطاب نبيّ، وهؤلاء يستحلون شهادة الزور لموافقيهم على مخالفيهم وقالوا: الجنة نعيم الدنيا والنار آلامها.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (أي لا قبولاً عاماً إلخ) لا يناسب مع كلام الشارح لا تكفر.

لبدعتهم بل لتهمة الكذب ولم يبق لمذهبهم ذكر. بحر (و) من (الذمي) لو عدلاً في دينهم. جوهرة (على مثله) إلا في خمس مسائل على ما في الأشباه، وتبطل بإسلامه قبل القضاء، وكذا بعده لو بعقوبة كقود. بحر (وإن اختلفا ملة) كاليهود والنصارى (و) الذمي (على المستأمن لا عكسه) ولا مرتد على مثله في الأصح (وتقبل منه على) مستأمن (مثله مع اتحاد الدار) لأن اختلاف داريهما يقطع الولاية كما يمنع التوارث (و) تقبل من عدوّ بسبب الدين (لأنها من التدين) بخلاف الدنيوية فإنه لا يأمن من التقوّل عليه كما سيجيء؛ وأما الصديق لصديقه فتقبل، إلا إذا كانت الصداقة متناهية بحيث يتصرّف كل في مال الآخر. فتاوى المصنف معزياً لمعين الحكام (و) من (مرتكب صغيرة) بلا إصرار (إن اجتنب الكبائر) كلها وغلب صوابه على صغائره.

قوله: (بل لتهمة إلخ) ومن التهمة المانعة أن يجرّ الشاهد بشهادته إلى نفسه نفعاً أو يدفع عن نفسه مغرماً. خانية، فشهادة الفرد ليست مقبولة لا سيما إذا كانت على فعل نفسه. هداية. كذا في الهامش. قوله: (ومن الذمي إلخ) قال في فتاوى الهندية: مات وعليه دين لمسلم بشهادة نصراني ودين لنصراني بشهادة نصراني، قال أبو حنيفة رحمه الله ومحمد وزفر: بدىء بدين المسلم؛ فإن فضل شيء كان ذلك للنصراني هكذا في المحيط اهـ. كذا في الهامش. قوله: (على ما في الأشباه) وهي ما إذا شهد نصرانيان على نصراني أنه قد أسلم حياً كان أو ميتاً فلا يصلى عليه، بخلاف ما إذا كانت نصرانية كما في الخلاصة؛ وما إذا شهدا على نصراني ميت بدين وهو مديون مسلم، وما إذا شهدا عليه بعين اشتراها من مسلم، وما إذا شهد أربعة نصارى على نصراني أنه زنى بمسلمة إلا إذا قالوا: استكرهها فيحدّ الرجل وحده كما في الخانية، وما إذا ادعى مسلم عبداً في يد كافر فشهد كافران أنه عبده قضى به فلان القاضي المسلم له كذا في الأشباه والنظائر مدني. قوله: (بإسلامه) أي: إسلام المشهود عليه. قوله: (منه) أي: من المستأمن، قيد به لأنه لا يتصور غيره، فإن الحربي لو دخل بلا أمان قهراً استرق ولا شهادة للعبد على أحد. فتح. قوله: (مع اتحاد الدار) أي: بأن يكونا من أهل دار واحدة، فإن كانوا من دارين كالروم والترك لم تقبل. هداية. ولا يخفى أن الضمير في كانوا للمستأمنين في دارنا، وبه ظهر عدم صحة ما نقل عن الحموي من تمثيله لاتحاد الدار بكونهما في دار الإسلام، وإلا لزم توارثهما حينئذ وإن كانا من دارين مختلفين. وفي الفتح: وإنما تقبل شهادة الذمي على المستأمن وإن كانا من أهل دارين مختلفين لأن الذمي بعقد الذمة صار كالمسلم، وشهادة المسلم تقبل على المستأمن فكذا الذمي. قوله: (على صغائره) أشار إلى أنه كان ينبغي أن يزيد: وبلا غلبة. قال ابن الكمال: لأن الصغيرة تأخذ حكم الكبيرة بالإصرار، وكذا بالغلبة على ما أفصح عنه في الفتاوى الصغرى حيث قال:

درر وغيرها. قال: وهو معنى العدالة. وفي الخلاصة: كل فعل يرفض المروءة والكرم كبيرة، وأقره ابن الكمال. قال: ومتى ارتكب كبيرة سقطت عدالته (و) من (أقلف) لو لعذر وإلا لا، وبه نأخذ. بحر. والاستهزاء بشيء من الشرائع كفر. ابن كمال (وخصي) ....

العدل من يجتنب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته، وفي الصغائر: العبرة للغلبة أو الإصرار على الصغيرة فتصير كبيرة ولذا قال: وغلب صوابه اهـ. قال في الهامش: لا تقبل شهادة من يجلس مجلس الفجور والمجانة والشرب وإن لم يشرب، هكذا في المحيط فتاوى. هندية. وفيها: والفاسق إذا تاب لا تقبل شهادته ما لم يمض عليه زمان يظهر عليه أثر التوبة. والصحيح أن ذلك مفوّض إلى رأي القاضي اهـ. قوله: (وفي الخلاصة إلخ) قال في الأقضية: والذي اعتاد الكذب إذا تاب لا تقبل شهادته. ذخيرة. وسيذكره الشارح. قوله: (كبيرة) الأصح أنها كل ما كان شنيعاً[1] بين المسلمين وفيه هتك حرمة الدين كما بسطه القهستاني وغيره، كذا في شرح الملتقى. وقال في الفتح: وما في الفتاوى الصغرى: العدل من يجتنب الكبائر كلها، حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته: وفي الصغائر العبرة للغلبة لتصير كبيرة حسن؛ ونقله عن أدب القضاء لعصام وعليه المعول، غير أن الحاكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور، فلذا شرط في شرب المحرم والسكر الإدمان، والله سبحانه أعلم اهـ. قوله: (سقطت عدالته) وتعود إذا تاب، لكن قال في البحر: وفي الخانية: الفاسق إذا تاب لا تقبل شهادته ما لم يمض عليه زمان يظهر التوبة، ثم بعضهم قدّره بستة أشهر، وبعضهم قدّره بسنة، والصحيح أن ذلك مفوّض إلى رأي القاضي والمعدل. وفي الخلاصة: ولو كان عدلاً فشهد بزور، ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة اهـ. وقدمنا أن الشاهد إذا كان فاسقاً سرًّا لا ينبغي أن يخبر بفسقه كيلا يبطل حق المدعي، وصرح به في العمدة أيضاً اهـ.

فائدة: من اتهم بالفسق لا تبطل عدالته، والمعدل إذا قال للشاهد: هو متهم بالفسق لا تبطل عدالته خانية. قوله: (بحر) مثله في التاترخانية. قوله: (كفر) أشار إلى فائدة تقييده في الهداية بأن لا يترك الختان استخفافاً بالدين. وفي البحر عن الخلاصة: والمختار أن أوّل وقته سبع وآخره اثنتا عشرة. قوله: (وخصي) لأن حاصل أمره أنه مظلوم. نعم لو كان ارتضاه لنفسه وفعله مختاراً منع.

(1) قال الرافعي: قوله: (الأصح أنها كل ما كان شنيعاً إلخ) وقدم المحشي في واجبات الصلاة عن رسالة ابن نجيم المؤلفة في بيان المعاصي أن كل مكروه تحريماً من الصغائر، وصرح بأنهم شرطوا لإسقاط العدالة بالصغيرة الإدمان عليها، ولم يشترطوه في فعل ما يخل بالمروءة وإن كان مباحاً، وقال أيضاً، إنهم أسقطوها بالأكل فوق الشبع مع أنه صغيرة، فينبغي اشتراط الإصرار عليه، قال: وجوابه أن المسقط لها به بناء على أن كل ذنب يسقطها ولو صغيرة بلا إدمان، كما أفاده في «المحيط البرهاني» وليس بمعتمد.

وأقطع (وولد الزنىٰ) ولو بالزنى خلافاً لمالك (وخنثى) كأنثى لو مشكلاً، وإلا فلا إشكال (وعتيق لمعتقه وعكسه) إلا لتهمة لما في الخلاصة: شهدا بعد عتقهما أن الثمن كذا عند اختلاف بائع ومشتر لم تقبل لجرّ النفع بإثبات العتق (ولأخيه وعمه ومن محرم رضاعاً أو مصاهرة) إلا إذا امتدت الخصومة وخاصم معه على ما في القنية. وفي الخزانة: تخاصم الشهود والمدعى عليه تقبل لو عدولاً (ومن كافر على عبد كافر مولاه مسلم أو) على وكيل (حرّ كافر موكله مسلم لا) يجوز (عكسه) لقيامها على مسلم قصداً، وفي الأول ضمناً (و) تقبل (على ذمي ميت وصيه مسلم إن لم

وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصي على قدامة بن مظعون، رواه ابن أبي شيبة. منح. قوله: (وأقطع) لما روي: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ فِي سَرِقَةٍ ثُمَّ كَانَ بَعْدَ ذَلِكَ يَشْهَدُ فَقَبِلَ شَهَادَتَهُ» منح. قوله: (بالزنا) أي: ولو شهد بالزنى على غيره تقبل. قال في المنح: وتقبل شهادة ولد الزنى لأن فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما، أطلقه فشمل ما إذا شهد بالزنى أو بغيره خلافا لمالك في الأول اهـ مدني. قوله: (كأنثى) فيقبل مع رجل وامرأة في غير حدّ وقود. قوله: (بإثبات العتق) تقدم أنه لا تحالف بعد خروج المبيع عن ملكه إلى آخر ما مر في التحالف فراجعه. وقوله: «العتق» لأنه لولا شهادتهما لتحالفا وفسخ البيع المقتضي لإبطال العتق. منح. قوله: (ومن محرم رضاعاً) قال في الأقضية: تقبل لأبويه من الرضاع ولمن أرضعته امرأته ولأم امرأته وأبيها. بزازية من الشهادة فيما تقبل وفيما لا تقبل اهـ. وتقبل لأم امرأته وأبيها ولزوج ابنته ولامرأة ابنه ولامرأة أبيه ولأخت امرأته اهـ. كذا في الهامش عن الحامدية معزياً للخلاصة. قوله: (امتدت الخصومة) أي: سنتين. منح. قوله: (لو عدولاً) قال في المنح عن البحر: وينبغي حمله على ما إذا لم يساعد المدعي في الخصومة أو لم يكثر ذلك توفيقاً اهـ. ووفق الرملي بغيره حيث قال: مفهوم قوله: «لو عدولاً» أنهم إذا كانوا مستورين لا تقبل وإن لم تمتد الخصومة للتهمة بالمخاصمة، وإذا كانوا عدولاً تقبل لارتفاع التهمة مع العدالة؛ فيحمل ما في القنية على ما إذا لم يكونوا عدولاً توفيقاً، وما قلناه أشبه، لأن المعتمد في باب الشهادات العدالة. قوله: (على ذمي ميت) نصراني. مات وترك ألف درهم وأقام مسلم شهوداً من النصارى على ألف على الميت وأقام نصراني آخرين كذلك فالألف المتروكة للمسلم عنده وعند أبي يوسف يتحاصان، والأصل أن القبول عنده في حق إثبات الدين على الميت فقط دون إثبات الشركة بينه وبين المسلم وعلى قول الثاني في حقهما. ذخيرة ملخصاً. وبه ظهر أن قبولها على الميت مقيد بما إذا لم يكن عليه دين لمسلم. نعم هو قيد لإثباتها الشركة بينه وبين المدعي الآخر فإذا كان الآخر نصرانياً أيضاً يشاركه وإلا فالمال للمسلم، إذ لو شاركه لزم قيامها على المسلم، وظهر أيضاً أن المصنف ترك قيداً لا بد

يكن عليه دين لمسلم) بحر. وفي الأشباه: لا تقبل شهادة كافر على مسلم إلا تبعاً كما مر أو ضرورة في مسألتين: في الإيصاء: شهد كافران على كافر أنه أوصى إلى كافر وأحضر مسلماً عليه حق للميت. وفي النسب: شهدا أن النصراني ابن الميت فادعى على مسلم بحق، وهذا استحسان ووجهه في الدرر (والعمال) للسلطان (إلا إذا كانوا أعواناً على الظلم) فلا تقبل شهادتهم لغلبة ظلمهم كرئيس القرية والجابي والصراف والمعرفين في المراكب والعرفاء في جميع الأصناف ومحضر قضاة العهد والوكلاء المفتعلة والصكاك وضمان الجهات كمقاطعة سوق النخاسين حتى حل لعن

منه وهو ضيق التركة عن الدينين، وإلا فلا يلزم قيامها على المسلم كما لا يخفى؛ هذا ما ظهر لي بعد التنقير التام حتى ظفرت بعبارة الذخيرة، فاغتنم هذا التحرير وادع لي. وفي حاشية الرملي على البحر عن المنهاج لأبي حفص العقيلي: نصرانيّ مات فجاء مسلم ونصراني وأقام كل واحد منهما البينة أن له على الميت ديناً، فإن كان شهود الفريقين ذميين أو شهود النصراني ذميين بدىء بدين المسلم، فإن فضل شيء صرف إلى دين النصراني، وروى الحسن عن أبي يوسف أنه يجعل بينهما على مقدار دينهما، قيل إنه قول أبي يوسف الأخير، وإن كان شهود الفريقين مسلمين أو شهود الذمي خاصة مسلمين فالمال بينهما في قولهم اهـ. قوله: (بحر) عبارته: فإن كان فقد كتبناه عن الجامع اهـ. والذي كتبه هو قوله: نصراني مات عن مائة فأقام مسلم شاهدين عليه بمائة ومسلم ونصراني بمثله فالثلثان له والباقي بينهما، والشركة لا تمنع لأنها بإقراره اهـ. ووجهه: أن الشهادة الثانية لا تثبت للذمي مشاركته مع المسلم كما قدمناه، ولكن المسلم لما ادعى المائة مع النصراني صار طالباً نصفها والمنفرد يطلب كلها فتقسم عولاً، فلمدعي الكل الثلثان لأن له نصفين، وللمسلم الآخر الثلث لأن له نصفاً فقط، لكن لما ادعاه مع النصراني قسم الثلث بينهما، وهذا معنى قوله: والشركة لا تمنع لأنها بإقراره، وانظر ما سنذكر أول كتاب الفرائض عند قوله: «ثم تقدم ديونه». قوله: (كما مر) أي: قريباً. قوله: (في مسألتين) حمل القبول فيهما في الشرنبلالية بحثاً على ما إذا كان الخصم المسلم مقراً بالدين منكراً للوصاية والنسب، وأما لو كان منكراً للدين كيف تقبل شهادة الذميين عليه. قوله: (وأحضر) أي: الوصي. قوله: (ابن الميت) أي: النصراني. قوله: (على مسلم) وقام شاهدين نصرانيين على نسبه تقبل، وهذا استحسان. ووجهه: الضرورة لعدم حضور المسلمين موتهم ولا نكاحهم، كذا في الدرر. كذا في الهامش. قوله: (بحق) أي: ثابت كذا في الهامش. قوله: (كرئيس القرية) قال في الفتح: وهذا المسمى في بلادنا شيخ البلد، وقدمنا عن البزدوي أن القائم بتوزيع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين مأجور وإن كان أصله ظلماً، فعلى هذا تقبل شهادته اهـ. قوله: (النخاسين) جمع نخاس من النخس وهو الطعن، ومنه قيل لدلال الدوابّ نخاس.

الشاهد لشهادته على باطل فتح وبحر. وفي الوهبانية: أمير كبير ادعى فشهد له عماله[1] ونوابه ورعاياهم لا تقبل كشهادة المزارع لرب الأرض، وقيل أراد بالعمال المحترفين: أي: بحرفة لائقة به وهي حرفة آبائه وأجداده، ....

قوله: (وقيل) هذا ممكن في مثل عبارة الكنز، فإنه لم يقل: «إلا إذا كانوا أعواناً إلخ».

قوله: (المحترفين) فيكون فيه رد على من رد شهادة أهل الحرف الخسيسة. قال في الفتح: وأما

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (وفي «الوهبانية»: أمير كبير ادعى فشهد له عماله إلخ) تقدم له قبيل شتى القضاء مع المصنف لو قضى للإمام الذي قلده القضاء أو لولد الإمام جاز «سراجية». وفي «البزازية»: كل من تقبل شهادته له وعليه يصح قضاؤه له وعليه اهـ، خلافاً «للجواهر» و«الملتقط» اهـ ومقتضى هذا قبول شهادة الرعايا لأميرهم وكذا عماله عليهم، ويظهر أن السلطان لو وكل وكيلاً في شيء تقبل شهادة أحد الرعايا له نظير ما سبق متناً، وفي الباب الرابع فيمن تقبل شهادته من «الهندية» عن «الخلاصة» شهادة الجند للأمير لا تقبل إن كانوا يحصون، وإن كانوا لا يحصون تقبل نص في «الصيرفية» في حد الإحصاء مائة وما دونه، وما زاد عليه فهؤلاء لا يحصون، كذا في «جواهر الأخلاطي» اهـ، قال في «التكملة»: وقدمناه في الشهادات اهـ لكن في حاشيته على «البحر» وعن شرف الأئمة: لا تقبل شهادة الرعية لوكيل الرعية والشحنة والرئيس والعامل لجهلهم وميلهم خوفاً منه، وكذا شهادة المزارع اهـ، وهو صريح في عدم جواز شهادة من ذكر للتهمة وفساد الزمان، وهذا الذي يجب أن يعول عليه في زماننا فتدبر، وبه يعلم أن شهادة الفلاحين لشيخ قريتهم، وشهادتهم للقسام الذي يقسم عليهم، وشهادة الرعية لحاكمهم وعاملهم ومن له نوع ولاية عليهم لا تجوز اهـ. ثم رأيت في الزيلعي من القضاء ما نصه: أهله أهل الشهادة لأن كل واحد منهما يثبت الولاية على الغير الشاهد بشهادته يلزم الحاكم أن يحكم، والحاكم بحكمه يلزم الخصم، ومن صلح شاهداً صلح قاضياً، فكانا من باب واحد، فيستفاد أحدهما من الآخر اهـ، وفيه من الشهادة روي أن الحسن شهد لعلي مع قنبر عند شريح بدرع، فقال شريح لعلي: ائت بشاهد فقال: مكان الحسن أو قنبر، فقال: مكان الحسن، قال: أما سمعت رسول الله ﷺ يقول للحسن والحسين هما (سيدا أهل الجنة)، قال: سمعت لكن ائت بشاهد آخر القصة إلى آخرها، وفيها أنه استحسنه وزاده في الرزق اهـ. وفي «الدر» عن «الأشباه» قبيل شتى القضاء لا يقضي القاضي لمن لا تقبل شهادته له اهـ. وفي قاضيخان شرح «الزيادات» من كتاب «السير»: شهد فقيران مسلمان على رجل بسرقة شيء من بيت المال جازت شهادتهما، وكذا لو شهدا بمسجد أو طريق للعامة، وللقاضي أن يقضي بالغنيمة، وإن كان له شركة فيها وما لا يمنع القضاء لا يمنع الشهادة اهـ. وفي «الخانية» من فصل فيمن يجوز قضاء القاضي له يجوز قضاء القاضي للأمير الذي ولاه، وكذلك قضاء القاضي الأسفل للقاضي الأعلى، وقضاء الأعلى للأسفل اهـ. وفي «البحر» من الشهادات أن من لا تقبل شهادته له فلا يجوز قضاؤه له، فلا يقضي لأصله وإن علا، ولا لفرعه وإن سفل، ولا لوكيل من ذكرنا كما في قضائه لنفسه كما في البزازية، وفيها: اختصم رجلان عند القاضي ووكل أحدهما ابن القاضي أو من لا تجوز شهادته له، فقضى القاضي لهذا الوكيل لا يجوز، وإن قضى عليه يجوز إلخ.

وإلا فلا مروءة له لو دنيئة، فلا شهادة له لما عرف في حد العدالة. فتح. وأقره المصنف (لا) تقبل (من أعمى) أي: لا يقضي بها، ولو قضى صح، وعم قوله: (مطلقاً) ما لو عمي بعد الأداء قبل القضاء، وما جاز بالسماع خلافاً للثاني، وأفاد عدم قبول الأخرس مطلقاً بالأولى ....

أهل الصناعات الدنيئة كالقنواتي والزبال والحائك والحجام فقيل لا تقبل، والأصح أنها تقبل لأنه قد تولاها قوم صالحون، فما لم يعلم القادح لا يبنى على ظاهر الصناعة، وتمامه فيه فراجعه. قوله: (وإلا إلخ) أي: بأن كان أبوه تاجراً واحترف هو بالحياكة أو الحلاقة أو غير ذلك لارتكابه الدناءة. كذا في الهامش. قوله: (فتح) لم أره في الفتح بل ذكره في البحر بصيغة ينبغي، وقال الرملي: في هذا التقييد نظر يظهر لمن له نظر، فتأمل: أي: في التقييد بقوله: «بحرفة لائقة إلخ» ووجهه: أنهم جعلوا العبرة للعدالة لا للحرفة، فكم من دنيء صناعة أتقى من ذي منصب ووجاهة، على أن الغالب أنه لا يعدل عن حرفة أبيه إلى أدنى منها إلا لقلة ذات يده أو صعوبتها عليه، ولا سيما إذا علمه إياها أبوه أو وصيه في صغره ولم يتقن غيرها فتأمل. وفي حاشية أبي السعود: فيه نظر لأنه مخالف لما قدمه هو قريباً من أن صاحب الصناعة الدنيئة كالزبال والحائك مقبول الشهادة إذا كان عدلاً في الصحيح اهـ.

قلت: ويدفع بأن مراده أن عدوله عن حرفة أبيه إلى أدنى منها دليل على عدم المروءة، وإن كانت حرفة أبيه دنيئة، فينبغي أن يقال: هو كذلك إن عدل بلا عذر. تأمل. قوله: (من أعمى) إلا في رواية زفر عن أبي حنيفة فيما يجزي فيه التسامع، لأن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه باقاني على الملتقى. كذا في الهامش. قوله: (أي لا يقضي بها) خلافاً لأبي يوسف فيما إذا تحمله بصيراً فإنها تقبل لحصول العلم بالمعاينة، والأداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت. ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة، وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجبس الشهود والنسبة لتمييز الغائب دون الحاضر وصار كالحدود والقصاص اهـ. باقاني على الملتقى. كذا في الهامش. قوله: (بالسماع) كالنسب والموت. قوله: (خلافاً للثاني) أي: فيهما، واستظهر قوله بالأول صدر الشريعة فقال: وقوله أظهر، لكن رده في اليعقوبية[1] بأن المفهوم من سائر الكتب عدم أظهريته. وأما قوله بالثاني فهو مرويّ عن الإمام أيضاً. قال في البحر: واختاره في الخلاصة، ورده الرملي: بأنه ليس في الخلاصة ما يقتضي ترجيحه واختياره. قوله: (بالأولى) لأن في الأعمى إنما تتحقق التهمة في نسبته وهنا تتحقق في نسبته وغيرها من قدر المشهود به وأمور أخر. كذا في الفتح: ونقل أيضاً عن المبسوط أنه بإجماع الفقهاء لأن لفظ الشهادة لا يتحقق منه، وتمامه

---

(1) قال الرافعي: قوله: (لكن رده في «اليعقوبية» إلخ) لكن الوجه يشهد له.

(ومرتد ومملوك) ولو مكاتباً أو مبعضاً (وصبي) ومغفل ومجنون (إلا) في حال صحته إلا (أن يتحملا في الرقّ والتمييز وأديا بعد الحرية) ولو لمعتق به كما مر (و) بعد (البلوغ) وكذا بعد إبصار وإسلام وتوبة فسق وطلاق زوجة لأن المعتبر حال الأداء. شرح تكملة. وفي البحر: متى حكم برده لعلة ثم زالت فشهد بها ....

فيه. قوله: (ولو مكاتباً) والمعتق في المرض كالمكاتب في زمن السعاية عند أبي حنيفة، وعندهما حرّ مديون.

تنبيهات: مات عن عم وأمتين وعبدين فأعتقهما العم فشهدا ببنوة أحدهما بعينها: أي: أنه أقر بها في صحته لم تقبل عنده، لأن في قبولها ابتداء بطلانها انتهاء لأن معتق البعض كمكاتب لا تقبل شهادته عنده لا عندهما ولو شهدا أن الثانية أخت الميت قبل الشهادة الأولى أو بعدها، أو معها لا تقبل بالإجماع، لأنا لو قبلنا لصارت عصبة مع البنت فيخرج العم عن الوراثة، بحر عن المحيط.

أقول: هذا ظاهر عند وجود الشهادتين، وأما عند سبق شهادة الأختية فالعلة فيها هي علة البنتية فتفقه. وفي المحيط: مات عن أخ لا يعلم له وارث غيره فقال: عبدان من رقيق الميت إنه أعتقنا في صحته وإن هذا الآخر ابنه فصدقهما الأخ في ذلك لا تقبل في دعوى الإعتاق لأنه أقر بأنه لا ملك له فيهما بل هما عنده للآخر لإقرار الأخ إنه وارث دونه فتبطل شهادتهما في النسب، ولو كان مكان الآخر أنثى جاز شهادتهما وثبت نسبها ويسعيان في نصف قيمتهما لأنه أقر أن حقه في نصف الميراث فصح بالعتق لأنه لا يتجزأ عندهما، إلا أن العتق في عبد مشترك فتجب السعاية للشريك الساكت. وأقول: عند أبي حنيفة يعتقان كما قالا، غير أن شهادتهما بالبنتية لم تقبل لأن معتق البعض لا تقبل شهادته فتفقه.

فائدة: قضى بشهادة فظهروا عبيداً تبين بطلانه، فلو قضى بوكالة ببينة وأخذ ما على الناس من الديون ثم وجدوا عبيداً لم تبرأ الغرماء ولو كان بمثله في وصاية برئوا. لأن قبضه بإذن القاضي وإن لم يثبت الإيصاء كإذنه لهم في الدفع إلى ابنه، بخلاف الوكالة إذ لا يملك الإذن لغريم في دفع دين الحيّ لغيره. قال المقدسي: فعلى هذا ما يقع الآن كثيراً من تولية شخص نظر وقف فيتصرف فيه تصرف مثله من قبض وصرف وشراء وبيع ثم يظهر أنه بغير شرط الواقف أو أن إنهاءه باطل ينبغي أن لا يضمن، لأنه تصرف بأذن القاضي كالوصي، فليتأمل. قلت: وتقدم في الوقف ما يؤيده. سائحاني. قوله: (ومغفل) وعن أبي يوسف أنه قال: إنا نرد شهادة أقوام نرجو شفاعتهم يوم القيامة، معناه: أن شهادة المغفل وأمثاله لا تقبل وإن كان عدلاً صالحاً. تاترخانية. قوله: (في حال صحته) أي: وقت كونه صاحياً. كذا في الهامش. قوله: (بعد إبصار) بشرط أن يتحمل وهو بصير أيضاً بأن كان بصيراً ثم عمي ثم أبصر فأدى، فافهم. قوله: (زوجة) أي: إن لم يكن حكم بردها لما يأتي قريباً. قوله: (وفي البحر) أي: عن الخلاصة. قوله: (فشهد بها) أي: بتلك

لم تقبل إلا أربعة: عبد وصبيّ وأعمى وكافر على مسلم، وإدخال الكمال أحد الزوجين مع الأربعة سهو (ومحدود في قذف) تمام الحد، وقيل بالأكثر (وإن تاب) بتكذيبه نفسه. فتح. لأن الرد من تمام الحد بالنص والاستثناء منصرف لما يليه وهو. ﴿فأولئك هم الفاسقون﴾[1] (إلا أن يحد كافراً) في القذف (فيسلم) فتقبل، وإن ضرب أكثره بعد الإسلام على الظاهر بخلاف عبد حد فعتق لم تقبل (أو يقيم) المحدود (بينة على صدقه) إما أربعة على زناه أو اثنين على إقراره به، كما لو برهن قبل الحد. بحر. وفيه: الفاسق إذا تاب تقبل شهادته، إلا المحدود بقذف والمعروف بالكذب وشاهد الزور لو عدلاً لا تقبل أبداً. ملتقط. لكن سيجيء ترجيح قبولها (ومسجون في حادثة) تقع في (السجن) وكذا لا تقبل شهادة الصبيان فيما يقع في الملاعب، ولا شهادة النساء فيما يقع في الحمامات وإن مست الحاجات لمنع الشرع

الحادثة. قوله: (إلا أربعة) أما ما سوى الأعمى فظاهر لأن شهادتهم ليست شهادة، وأما الأعمى فلينظر الفرق بينه وبين أحد الزوجين، ثم رأيت في الشرنبلالية: استشكل قبول شهادة الأعمى. قوله: (عبد إلخ) قال في البحر: فعلى هذا لا تقبل شهادة الزوج والأجير والمغفل والمتهم والفاسق بعد ردها اهـ.

وذكر في البحر أيضاً قبل هذا الباب: اعلم أنه يفرق بين المردود لتهمة وبين المردود لشبهة، فالثاني يقبل عند زوال المانع، بخلاف الأول فإنه لا يقبل مطلقاً إليه أشار في النوازل اهـ. قوله: (وإدخال إلخ) مع أنه صرح في صدر عبارته بخلافه، ومثله في التاترخانية والجوهرة والبدائع. قوله: (سهو) لأن الزوج له شهادة وقد حكم بردها بخلاف العبد ونحوه. تأمل. قوله: (بتكذيبه) الباء للتصوير تأمل. ويؤيده ما في الشرنبلالية فراجعها. قوله: (فتقبل) لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالإسلام حدثت شهادة أخرى، وليس المراد أنها تقبل بعد إسلامه في حق المسلمين فقط. بحر. قوله: (لم تقبل) لأنه لا شهادة للعبد أصلاً في حال رقه فيتوقف على حدوثها، فإذا حدثت كان رد شهادته بعد العتق من تمام الحد. بحر. قوله: (زناه) أي: المقذوف. قوله: (إذا تاب إلخ) قال قاضيخان: الفاسق إذا تاب لا تقبل شهادته ما لم يمض عليه زمان يظهر أثر التوبة، ثم بعضهم قدّر ذلك بستة أشهر، وبعضهم قدره بسنة. والصحيح أنه مفوض إلى رأي القاضي والمعدل، وتمامه هناك. وفي خزانة المفتين: كل شهادة ردت لتهمة الفسق فإذا ادعاها لا تقبل اهـ. كذا في الهامش. قوله: (سيجيء) أي: قبيل باب الرجوع عن الشهادة. قوله: (ترجيح قبولها) وكذا قال في الخانية وعليه الاعتماد، وجعل الأول رواية عن الثاني. ......

---

(١) سورة: آل عمران (٣)، الآية: ٨٢.

عما يستحق به السجن وملاعب الصبيان وحمامات النساء، فكان التقصير مضافاً إليهم لا إلى الشرع. بزازية وصغرى وشرنبلالية. لكن في الحاوي: تقبل شهادة النساء وحدهن في القتل في الحمام بحكم الدية كي لا يهدر الدم اهـ. فليتنبه عند الفتوى. وقدمنا قبول شهادة المعلم في حوادث الصبيان (والزوجة لزوجها وهو لها)، وجاز عليها إلا في مسألتين في الأشباه (ولو في عدّة من ثلاث) لما في القنية: طلقها ثلاثاً وهي في العدة لم تجز شهادته لها ولا شهادتها له، ولو شهد لها ثم تزوجها بطلت. خانية. فعلم منع الزوجية عند القضاء لا تحمل أو أداء (والفرع لأصله) وإن علا إلا إذا شهد الجد لابن ابنه على أبيه. أشباه. قال: وجاز على أصله إلا إذا شهد على أبيه لأمه ولو بطلاق ضرتها والأم في نكاحه؛ وفيها بعد ثمان ورقات: لا تقبل

قوله: (لا إلى الشرع) وقيل في كل ذلك تقبل، والأصح الأول. كذا في القنية جامع الفتاوى. قوله: (وحدهن) قدم في الوقف أن القاضي لا يمضي قضاء قاض آخر بشهادة النساء وحدهن في شجاج الحمام. سائحاني. ويمكن حمله على القصاص بالشجاج. قوله: (وجاز عليها إلخ) قال في الأشباه: شهادة الزوج على الزوجة مقبولة إلا بزناها وقذفها كما في حد القذف، وفيما إذا شهد على إقرارها بأنها أمة لرجل يدعيها فلا تقبل إلا إذا كان الزوج أعطاها المهر والمدعي يقول: أذنت لها في النكاح كما في شهادة الخانية ح. كذا في الهامش. قوله: (في الأشباه) وهما في البحر أيضاً. قوله: (ولو شهد لها إلخ) وكذا لو شهد ولم يكن أجيراً ثم صار أجيراً قبل أن يقضي بها. تاترخانية. قوله: (ثم تزوجها) أي: قبل القضاء. قوله: (فعلم إلخ) الذي يعلم مما ذكره منع الزوجية عند القضاء، وأما منعها عند التحمل[1] أو الأداء فلم يعلم مما ذكر فلا بد من ضميمة ما ذكره في المنح عن البزازية: لو تحملها حال نكاحها ثم أبانها وشهد لها: أي: بعد انقضاء عدتها تقبل، وما ذكره أيضاً عن فتاوى القاضي: لو شهد لامرأته وهو عدل فلم يرد الحاكم شهادته حتى طلقها بائناً وانقضت عدتها: روى ابن شجاع رحمه الله أن القاضي ينفذ شهادته.

قال في البحر: والحاصل: أنه لا بد من انتفاء التهمة وقت الزوجية[2]، وأما في باب الرجوع في الهبة فهي مانعة منه وقت الهبة لا وقت الرجوع، فلو وهب لأجنبية ثم نكحها فله الرجوع، بخلاف عكسه كما سيأتي. وفي باب إقرار المريض: الاعتبار لكونها زوجة وقت الموت لا وقت الوصية اهـ. قوله: (والفرع) ولو فرعية من وجه كولد الملاعنة، وتمامه في البحر. قوله: (إلا إذا شهد الجد) محل هذا الاستثناء بعد قوله: «وبالعكس» إذا الجد أصل لا فرع. قوله: (ولو بطلاق ضرتها) لأنها شهادة لأمه. بحر. كذا في الهامش. قوله: (والأم في نكاحه) الواو للحال،

(1) قال الرافعي: قوله: (وأما منعها عند التحمل إلخ) حقه عدم منعها أو المراد منعها المنفي.
(2) قال الرافعي: قوله: (لا بد من انتفاء التهمة وقت الزوجية) حقه وقت القضاء.

شهادة الإنسان لنفسه إلا في مسألة القاتل إذا شهد بعفو وليّ المقتول، فراجعها (وبالعكس) للتهمة (وسيد لعبده ومكاتبه والشريك لشريكه فيما هو من شركتهما)[1] لأنها لنفسه من وجه. في الأشباه: للخصم أن يطعن بثلاثة: برقّ وحدّ وشركة. وفي فتاوى النسفي: لو شهد بعض أهل القرية على بعض منهم بزيادة الخراج لا تقبل ما لم يكن خراج كل أرض معيناً أو لا خراج للشاهد، وكذا أهل قرية شهدوا على ضيعة أنها من قريتهم لا تقبل، وكذا أهل سِكة يشهدون بشيء من مصالحه لو غير نافذة، وفي النافذة إن طلب حقاً لنفسه لا تقبل، وإن قال: لا آخذ شيئاً تقبل، وكذا في وقف المدرسة ....

وذكر في البحر هنا فروعاً حسنة، فلتراجع. قوله: (في مسألة القاتل) وصورته: ثلاثة قتلوا رجلاً عمداً ثم شهدوا بعد التوبة أن الوليّ قدعفا عنا: قال الحسن: لا تقبل شهادتهم إلا أن يقول اثنان منهم: عفا عنا وعن هذا الواحد، ففي هذا الوجه قال أبو يوسف: تقبل في حق الواحد، وقال الحسن: تقبل في حق الكل ح. كذا في الهامش. وانظر ما في حاشية الفتال عن الحموي والكفيري. قوله: (ولو بالعكس) ولو كانت الزوجة أمة[2]. بحر. قوله: (لشريكه) أطلقه فشمل الشركات بأنواعها، وفي المفاوضة كلام في البحر، فراجعه. قوله: (من شركتهما) وتقبل فيما ليس من شركتهما. فتاوى هندية. كذا في الهامش. قوله: (أن يطعن بثلاثة إلخ) انظر حاشية الرملي على البحر قبيل قوله والمحدود في قذف اهـ. قوله: (أو لا خراج للشاهد) أي: عليه. قوله: (على ضيعة) لعله على قطعة كما في البزازية، لكن في الفتح كما هنا. وفي القاموس: الضيعة: العقار والأرض المغلة اهـ. وفي الهامش عن الحامدية: شهدوا مع متولي الوقف على آخر أن هذه القطعة الأرض من جملة أراضي قريتهم تقبل اهـ تمرتاشي من الشهادة. قوله: (لا تقبل) وقيل تقبل مطلقاً في النافذة. فتح. قوله: (وكذا) أي: تقبل. قوله: (المدرسة) أي: في وقفية وقف على مدرسة كذا وهم من أهل تلك المدرسة، وكذلك الشهادة على وقف مكتب وللشاهد صبيّ في المكتب، وشهادة أهل المحلة في وقف عليها، وشهادتهم بوقف المسجد، والشهادة على وقف المسجد الجامع، وكذا أبناء السبيل إذا شهدوا بوقف على أبناء السبيل، فالمعتمد القبول في الكل. بزازية.

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (فيما هو من شركتهما) أي: الخاصة قال قاضيخان في شرح «الزيادات» من «السير»: إن الشهادة ترد بالتهمة ومن أسباب التهمة الشركة في المشهود به شركة خاصة، والشركة العامة لا تمنع قبولها، ولهذا لو شهد فقيران مسلمان على رجل بسرقة شيء من بيت المال جازت شهادتهما، ولو شهدا بمسجد أو طريق للعامة جازت شهادتهما، ويقضي القاضي بالغنيمة، وإن كان له شركة فيها وما لا يمنع القضاء لا يمنع الشهادة اهـ.

(2) قال الرافعي: قوله: (ولو كانت الزوجة أمة) حقه التقديم، وعبارة «البحر»: وأطلق في الزوجة فشمل الأمة قال في الأصل: لا تقبل شهادة زوج لزوجته، وإن كانت أمة لأن لها حقاً في المشهود به كذا في «البزازية».

انتهى فليحفظ (والأجير الخاص لمستأجره) مسانهةً أو مشاهرة أو الخادم أو التابع أو التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه. درر. وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام: «لا شهادة للقانع بأهل البيت»[١] أي: الطالب

قال ابن الشحنة: ومن هذا النمط مسألة قضاء القاضي في وقف تحت نظره أو مستحق فيه اهـ. وهذا كله في شهادة الفقهاء بأصل الوقف؛ أما شهادة المستحق فيما يرجع إلى الغلة كشهادته بإجارة ونحوها لم تقبل لأن له حقاً فيه فكان متهماً، وقد كتبت في حواشي جامع الفصولين أن مثله شهادة شهود الأوقاف المقررين، في وظائف الشهادة لما ذكرنا[1]، وتقريره فيها لا يوجب قبولها. وفائدتها إسقاط التهمة عن المتولي فلا يحلف، ويقوّيه أن البينة تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى الرد أو الهلاك. بحر ملخصاً فراجعه. قوله: (انتهى) أي: ما في فتاوى النسفي ونقله عنه في الفتح آخر الباب. قوله: (أو مشاهرة) أي: أو مياومة هو الصحيح. جامع الفتاوى. قوله: (أو التلميذ الخاص) وفي الخلاصة: هو الذي يأكل معه وفي عياله وليس له أجرة معلومة، وتمامه في الفتح فارجع إليه. وفي الهامش، ولو شهد الأجر لأستاذه وهو التلميذ الخاص الذي يأكل معه وهو في عياله لا تقبل إن لم يكن له أجرة معلومة، وإن كان له أجرة معلومة مياومة أو مشاهرة أو مسانهة إن أجير واحد لا تقبل، وإن أجير مشترك تقبل.

وفي العيون قال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ تعالى: استأجره يوماً فشهد له في ذلك اليوم القياس أن لا تقبل، ولو أجير خاص فشهد ولم يعدل حتى ذهب الشهر ثم عدل لا تقبل[2] كمن شهد لامرأته ثم طلقها، ولو شهد ولم يكن أجيراً ثم صار قبل القضاء لا تقبل. بزازية. ثم نقل في الهامش فرعاً ليس محله هنا، وهو: بيده ضيعة وادعى آخر أنها وقف وأحضر صكاً فيه خطوط العدول والقضاة الماضين وطلب الحكم به ليس للقاضي أن يقضي بالصك، لأنه إنما يحكم بالحجة وهي البينة أو الإقرار لا الصك لأن الخط مما يزور؛ وكذا لو كان على باب الحانوت لوح مضروب ينطق بوقفية الحانوت لم يجز للقاضي أن يقضي بوقفيته به. جامع الفصولين. فعلم من ذلك أنه ليس للقاضي

(1) قال الرافعي: قوله: (في وظائف الشهادة لما ذكرنا) هنا سقط، وأصله: في وظائف الشهادة غير مقبولة لما ذكرنا إلخ.

(2) قال الرافعي: قوله: (ثم عدل لا تقبل) أي: إذا ردّ القاضي شهادته أوّلاً، وكذا يقال فيما بعده.

(١) رواه أبو داود في كتاب: الأقضية، باب: من ترد شهادته (الحديث: ٣٦٠٠ ـ ٣٦٠١). ورواه ابن ماجه في كتاب: الأحكام، باب: من لا تجوز شهادته. (الحديث: ٢٣٦٦). ورواه الترمذي في كتاب: الشهادات، باب: ما جاء فيمن لا تجوز شهادته (الحديث: ٢٢٩٩). جامع الأصول: ١٠/ ١٩٠ ـ ١٩١ (٧٦٩١ ـ ٧٦٩٢).

معاشه منهم، ومن القنوع لا من القناعة، ومفاده[1]: قبول شهادة المستأجر والأستاذ له (ومخنث) بالفتح (من يفعل الرديء) ويؤتى. وأما بالكسر فالمتكسر المتلين في أعضائه وكلامه خلقة فتقبل. بحر (ومغنية) ولو لنفسها لحرمة رفع صوتها. درر. وينبغي تقييده بمداومتها عليه ليظهر عند القاضي كما في مدمن الشرب على اللهو. ذكره الواني (ونائحة في مصيبة غيرها) بأجر. درر وفتح. زاد العيني: فلو في مصيبتها تقبل، وعلله الواني بزيادة اضطرارها وانسلاب صبرها واختيارها فكان كالشرب للتداوي (وعدوّ بسبب الدنيا) جعله ابن الكمال عكس الفرع لأصله فتقبل له لا عليه،

أن يحكم بما في دفتر البياع والصراف والسمسار خصوصاً في هذا الزمان ولا ينبغي الإفتاء به لمحرره اهـ. **قوله**: (ومفاده) صرح به في الفتح جازماً به، لكن في التاترخانية عن الفتاوى الغياثية، ولا تجوز شهادة المستأجر للأجير. وفي حاشية الفتال عن المحيط السرخسي. **قال أبو حنيفة في المجرد**: لا ينبغي للقاضي أن يجيز شهادة الأجير لأستاذه ولا الأستاذ لأجيره، وهو مخالف لما استنبطه من الحديث. **قوله**: (رفع صوتها) في النهاية فلذا أطلق في **قوله**: «مغنية» وقيد في غناء الرجال بقوله للناس، وتمامه في الفتح. وأما الشهادة عليها بذلك فهي جرح مجرد فلذا اختص الظهور عند القاضي بالمداومة. تأمل. **قوله**: (درر) ما ذكره جاز في النوح بعينه، فما باله لم يكن مسقطاً للعدالة إذا ناحت في مصيبة نفسها. سعدية. ويمكن الفرق بأن المراد رفع صوت[2] يخشى منه الفتنة. **قوله**: (ونائحة إلخ) لا تقبل شهادة النائحة، ولم يرد به التي تنوح في مصيبتها، وإنما أراد به التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبة. تاترخانية عن المحيط. ونقله في الفتح عن الذخيرة ثم **قال**: ولم يتعقب هذا من المشايخ أحد فيما علمت، وتمامه فيه فراجعه. **قوله**: (واختيارها) مقتضاه: لو فعلته عن اختيارها لا تقبل. **قوله**: (وعدو إلخ) أي: على عدوه[3] ملتقى. **قال الحانوتي**: سئل في شخص ادعي عليه وأقيمت عليه بينة فقال: إنهم ضربوني

---

(1) **قال الرافعي**: **قول الشارح**: (ومفاده إلخ) ضميره لما في المتن كما هو الأظهر، واشتقاق قانع من القنوع لا من القناعة غير متعين، بل يظهر صحة العكس، وقال في «الكشاف» في تفسير قوله تعالى: ﴿وأطعموا القانع والمعتر﴾ القانع السائل من قنعت إليه إذا خضعت له وسألته قنوعاً، والمعتر المتعرض من غير سؤال أو القانع الراضي بما عنده، وبما يعطى من غير بسؤال من قنعت قنعاً وقناعة، والمعتر المتعرض بسؤال اهـ.

(2) **قال الرافعي**: **قوله**: (ويمكن الفرق بأن المراد رفع صوت إلخ) بل الفرق أن صوتها في النوح لا باختيارها فلم يكن معصية.

(3) **قال الرافعي**: **قوله**: (أي: على عدوه) قال الزيلعي عند قول «الكنز»: وأهل الأهواء إلا الخطابية شهادة المسلم على عدوه لا تقبل وعلى غيره تقبل، وكذا شهادته لقرابته ولاداً لا تقبل ولغيرهم تقبل =

واعتمد في الوهبانية والمحبية قبولها ما لم يفسق بسببها. قالوا: والحقد فسق للنهي عنه. وفي الأشباه في تتمة قاعدة: إذا اجتمع الحرام والحلال ولو العداوة للدنيا لا تقبل، سواء شهد على عدوه أو غيره لأنه فسق وهو لا يتجزأ. وفي فتاوى المصنف: لا تقبل شهادة الجاهل على العالم لفسقه بترك ما يجب تعلمه شرعاً فحينئذ لا تقبل شهادته على مثله ولا على غيره، وللحاكم تعزيره على تركه ذلك. ثم قال: والعالم من يستخرج المعنى من التركيب كما يحق وينبغي **(ومجازف في كلامه)** أو يحلف فيه كثيراً أو اعتاد شتم أولاده أو غيرهم لأنه معصية كبيرة كترك زكاة أو حج

خمسة أيام فحكم عليه الحاكم ثم أراد أن يقيم البينة على الخصومة بعد الحكم فهل تسمع؟ الجواب: قد وقع الخلاف في قبول شهادة العدو[1] على عدوه عداوة دنيوية وهذا قبل الحكم، وأما بعده فالذي يظهر عدم نقض الحكم، كما قالوا: إن القاضي ليس له أن يقضي بشهادة الفاسق ولا يجوز له، فإذا قضى لا ينقض اهـ. وهو مخالف لما في اليعقوبية. **قوله: (واعتمد في الوهبانية إلخ)** قال في المنح: وما ذكره هنا في المختصر من التفصيل في شهادة العدوّ تبعاً للكنز وغيره هو المشهور على ألسنة فقهائنا، وقد جزم به المتأخرون. لكن في القنية أن العداوة بسبب الدنيا لا تمنع ما لم يفسق بسببها أو يجلب منفعة أو يدفع بها عن نفسه مضرة، وهو الصحيح وعليه الاعتماد، واختاره ابن وهبان، ولم يتعقبه ابن الشحنة. لكن الحديث شاهد لما عليه المتأخرون اهـ. وتمامه فيها. وانظر ما كتبناه أول القضاء.

أقول: ذكر في الخيرية بعد كلام ما نصه: فتحصل من ذلك أن شهادة العدو على عدوه لا تقبل وإن كان عدلاً، وصرح يعقوب باشا في حاشيته بعدم نفاذ قضاء القاضي بشهادة العدو على عدوه، والمسألة دوارة في الكتب، وذكر الشارح عبارة يعقوب باشا في أول كتاب القضاء. **قوله: (أو اعتاد شتم أولاده)** قال في الفتح: وقال نصير بن يحيى: من يشتم أهله ومماليكه كثيراً في كل ساعة لا يقبل وإن كان أحياناً يقبل، وكذا الشتام للحيوان كدابته اهـ. **قوله: (كترك زكاة)** الصحيح أن تأخير الزكاة لا يبطل العدالة. وذكر الخاصي عن قاضيخان أن الفتوى على سقوط العدالة بتأخيرها من غير عذر لحق الفقراء دون الحج خصوصاً في زمانا. كذا في شرح النظم الوهباني منح في الفروع آخر الباب. ....

= اهـ، وفي شرح «الوهبانية» ومثال العداوة الدنيوية أن يشهد المقذوف على القاذف، والمقطوع عليه الطريق على القاطع، والمقتول وليه على القاتل، والمجروح على الجارح اهـ. وفي «تتمة الفتاوى» قذف إنساناً ثم جاء القاذف مع نفر يشهدون على المقذوف بالزنا إن لم يكن قضى القاضي على القاذف بالحد تقبل، وإن كان قد قضى لا تقبل اهـ.

(1) قال الرافعي: قوله: (الجواب قد وقع الخلاف في قبول شهادة العدوّ إلخ) في هذا الجواب تأمل، فإن ظاهره ثبوت عداوة البينة الضاربة للمدعى عليه مع أنه هو العدوّ لهم بسبب ضربهم له.

على رواية فوريته أو ترك جماعة أو جمعة، أو أكل فوق شبع بلا عذر، وخروج لفرجة قدوم أمير وركوب بحر ولبس حرير، وبول في سوق أو إلى قبلة أو شمس أو قمر أو طفيلي ومسخرة ورقاص وشتام للدابة، وفي بلادنا يشتمون بائع الدابة. فتح وغيره. وفي شرح الوهبانية: لا تقبل شهادة البخيل[1] لأنه لبخله يستقصي فيما يتقرض من الناس فيأخذ زيادة على حقه، فلا يكون عدلاً، ولا شهادة الأشراف من أهل العراق لتعصبهم، ونقل المصنف عن جواهر الفتاوى: ولا من انتقل من مذهب أبي حنيفة إلى مذهب الشافعي رضي الله تعالى عنه، قال وكذا بائع الأكفان والحنوط

قوله: (أو ترك جماعة) قال في فتح القدير: منها ترك الصلاة بالجماعة بعد كون الإمام لا طعن عليه في دين ولا حال، وإن كان متأولاً كأن يكون معتقداً أفضليتها أول الوقت والإمام يؤخر الصلاة أو غير ذلك لا تسقط عدالته بالترك، وكذا بترك الجمعة من غير عذر، فمنهم من أسقطها بمرة واحدة كالحلواني، ومنهم من شرط ثلاث مرات كالسرخسي، والأول أوجه اهـ. لكن قدمنا عنه أن الحكم بسقوط العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور. تأمل. قوله: (بلا عذر) احتراز عما إذا أراد التقويّ على صوم الغد أو مؤانسة الضيف كما في الشرنبلالية والفتح. قوله: (قدوم أمير) إلا أن يذهب للاعتبار[2] فحينئذ لا تسقط عدالته. قوله: (فيما يتقرض) عبارة غيره يقرض. قوله: (الأشراف من أهل العراق) أي: لأنهم قوم يتعصبون، فإذا نابت أحدهم نائبة أتى سيد قومه فيشهد له ويشفع فلا يؤمن أن يشهد له بزور اهـ. وعلى هذا كل متعصب لا تقبل شهادته. بحر. كذا في الهامش. قوله: (من مذهب أبي حنيفة) أي: استخفافاً. قال في القنية من كتاب الكراهية: ليس للعامي أن يتحوّل من مذهب إلى مذهب ويستوي فيه الحنفي والشافعي، وقيل لمن انتقل إلى مذهب الشافعي ليزوّج له أخاف أن يموت مسلوب الإيمان لإهانته للدين لجيفة قذرة. وفي آخر هذا الباب من المنح: وإن انتقل إليه لقلة مبالاته في الاعتقاد والجراءة على الانتقال من مذهب إلى مذهب كما يتفق له ويميل طبعه إليه لغرض يحصل له فإنه لا تقبل شهادته اهـ.

فعلم بمجموع ما ذكرناه أن ذلك غير خاص بانتقال الحنفي، وأنه إذا لم يكن لغرض صحيح، فافهم ولا تكن من المتعصبين فتحرم بركة الأئمة المجتهدين، وقدمنا هذا البحث مستوفى في فصل التعزير فارجع إليه. قوله: (وكذا بائع الأكفان) إذا ابتكر وترصد لذلك. جامع الفتاوى وبحر. ....

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (لا تقبل شهادة البخيل) وكذا شهادة السفيه، وإن كان يصرف ماله في الخير، وجميع أنواع السفه حرام يوجب الفسق خلافاً لما ذكره في «الأشباه» قبيل الفن الرابع كما يفيد ذلك ما نقله عن الزيلعي.

(2) قال الرافعي: قوله: (إلا أن يذهب للاعتبار إلخ) عبارة شرح «الوهبانية» والفتوى على أنهم إذا خرجوا لا لتعظيم من يستحق التعظيم ولا للاختبار تبطل عدالتهم اهـ. نقلاً عن قاضيخان.

لتمنيه الموت، وكذا الدلال والوكيل لو بإثبات النكاح؛ أما لو شهد أنها امرأته تقبل، والحيلة أنه يشهد بالنكاح ولا يذكر الوكالة. بزازية وتسهيل. واعتمده قدري أفندي في واقعاته، وذكر المصنف في إجارة معينة معزياً للبزازية، وملخصه: أنه لا تقبل شهادة الدلالين والصكاكين والمحضرين والوكلاء المفتعلة على أبوابهم، ونحوه في فتاوى مؤيد زاده. وفيها: وصيّ أخرج من الوصاية بعد قبولها لم تجز شهادته للميت أبداً، وكذا الوكيل بعد ما أخرج من الوكالة إن خاصم اتفاقاً، وإلا فكذلك عند أبي يوسف (ومدمن الشرب) لغير الخمر، لأن بقطرة منها يرتكب الكبيرة فتردّ شهادته، وما ذكره ابن الكمال غلط كما حرره في البحر. قال: وفي غير الخمر

قوله: (لتمنيه الموت) وإن لم يتمنه بأن كان عدلاً تقبل كذا قيده شمس الأئمة. س. **قوله: (وكذا الدلال)** أي: فيما عقده أو مطلقاً لكثرة كذبه. **قوله: (والحيلة إلخ)** مقتضاه: أن من لا تقبل شهادته لعله يجوز له أن يخفيها ويشهد، كما إذا كان عبداً للمشهود له أو ابنه أو نحو ذلك، فليتأمل. **قوله: (بزازية)** عبارتها: وشهادة الوكيلين أو الدلالين إذا قالا نحن بعنا هذا الشيء أو الوكيلان بالنكاح أو بالخلع إذا قالا: نحن فعلنا هذا النكاح أو الخلع لا تقبل، أما لو شهد الوكيلان بالبيع أو النكاح أنها منكوحته أو ملكه تقبل، وذكر أبو القاسم: أنكر الورثة النكاح فشهد رجل قد تولى العقد والنكاح يذكر النكاح ولا يذكر أنه تولاه اهـ. **قوله: (والوكلاء المفتعلة)** أي: الذين يجتمعون على أبواب القضاة يتوكلون للناس بالخصومات ح كذا في الهامش. **قوله: (على أبوابهم)** أي: القضاة. **قوله: (وفيها)** مكرر مع ما يأتي متناً. **قوله: (ومدمن الشرب)** الإدمان أن يكون في نيته الشرب متى وجد. قال شمس الأئمة: يشترط مع هذا أن يخرج سكران ويسخر منه الصبيان أو أن يظهر ذلك للناس، وكذلك مدمن سائر الأشربة، وكذا من يجلس مجلس الفجور والمجانة في الشرب لا تقبل شهادته وإن لم يشرب. بزازية. كذا في الهامش. **قوله: (وما ذكره ابن الكمال غلط)** حيث قال: ومدمن الشراب: يعني شراب الأشربة المحرمة مطلقاً على اللهو، لم يشترط الخصاف في شرب الخمر الإدمان. ووجهه: أن نفس شرب الخمر يوجب الحد فيوجب رد الشهادة، وشرط في شهادة الأصل الإدمان لا لأنه إذا شرب في السرّ لا تسقط عدالته، لأن الإدمان أمر آخر وراء الإعلان، بل لأن شرب الخمر ليس بكبيرة فلا يسقط العدالة إلا الإصرار عليه وذلك بالإدمان. قال في الفتاوى الصغرى: ولا تسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لأن هذا الحد ما ثبت بنص قاطع إلا إذا دام على ذلك ح. كذا في الهامش. **قوله: (كما حرره في البحر)** حيث قال: وذكر ابن الكمال أن شرب الخمر، ليس بكبيرة فلا يسقط العدالة إلا بالإصرار عليه بدليل عبارة الفتاوى الصغرى المتقدمة اهـ.

لكن في الهامش قال تحت قول الشارح كماحرره في البحر: أي: من أن التحقيق أن شرب قطرة من الخمر كبيرة، وإنما شرط المشايخ الإدمان ليظهر شربه عند القاضي اهـ ح. **قوله:**

يشترط الإدمان لأن شربه صغيرة، وإنما قال (على اللهو) ليخرج الشرب للتداوي فلا يسقط العدالة لشبهة الاختلاف. صدر الشريعة وابن كمال (ومن يلعب بالصبيان) لعدم مروءته وكذبه غالباً. كافي (والطيور) إلا إذا أمسكها للاستئناس فيباح إلا أن يجرّ حمام غيره فلا لأكله للحرام. عيني وعناية (والطنبور) وكل لهو شنيع بين الناس كالطنابير والمزامير، وإن لم يكن شنيعاً نحو الحداء وضرب القصب فلا، إلا إذا فحش بأن يرقصوا به. خانية لدخوله في حد الكبائر. بحر (ومن يغني للناس)[1] لأنه يجمعهم على كبيرة. هداية وغيرها. وكلام سعدي أفندي يفيد تقييده بالأجرة، فتأمل.

وأما المغني لنفسه لدفع وحشته فلا بأس به عند العامة. عناية. وصححه العيني وغيره، قال: ولو فيه وعظ وحكمة فجائز اتفاقاً؛ ومنهم من أجازه في العرس كما جاز ضرب الدفّ فيه، ومنهم من أباحه مطلقاً، ومنهم من كرهه مطلقاً اهـ.

وفي البحر: والمذهب حرمته مطلقاً فانقطع الاختلاف، بل ظاهر الهداية أنه كبيرة ولو لنفسه، وأقره المصنف. قال: ولا تقبل شهادة من يسمع الغناء أو يجلس

(القصب) الذي في المنح: القضيب. **قوله: (بأن يرقصوا)** وفي بعض النسخ زيادة «كانوا» فتأمل. والوجه أن اسم مغنية ومغن: إنما هو في العرف لمن كان الغناء حرفته التي يكتسب بها المال وهو حرام، ونصوا على أن التغني للهو أو لجمع المال حرام بلا خلاف، وحينئذ فكأنه قال: لا تقبل شهادة من اتخذ التغني صناعة يأكل بها، وتمامه فيه فراجعه. **قوله: (وغيره)** كابن كمال. **قوله: (قال)** أي: العيني. **قوله: (فجائز اتفاقاً)** اعلم أن التغني لإسماع الغير وإيناسه حرام عند العامة، ومنهم من جوزّه في العرس والوليمة، وقيل إن كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافي ويصير فصيح اللسان لا بأس. أما التغني لإسماع نفسه: قيل لا يكره، وبه أخذ شمس الأئمة، لما روي ذلك عن أزهد الصحابة البراء بن عازب رضي الله عنه. والمكروه على قوله ما يكون على سبيل اللهو، ومن المشايخ من قال ذلك يكره، وبه أخذ شيخ الإسلام. بزازية. **قوله: (ضرب الدف فيه)** جواز ضرب الدفّ فيه خاص بالنساء لما في البحر عن المعراج بعد ذكره أنه مباح في النكاح وما في معناه من حادث سرور قال: وهو مكروه للرجال على كل حال للتشبه بالنساء. **قوله: (فانقطع الاختلاف)** فيه كلام ذكرته في حاشيتي على البحر، وقد رد السائحاني على صاحب البحر. **قوله:**

---

(1) **قال الرافعي: قول المصنف: (ومن يغنّي للناس)** قد استوفى الشوكاني في شرح «المنتقى» في الحديث الكلام على مسألة التغني وآلات اللهو، ونقل دليل المجوز والمانع في شرح باب ما جاء في آلة اللهو آخر الجزء السابع فانظره فإنه فريد.

مجلس الغناء. زاد العيني: أو مجلس الفجور والشراب وإن لم يسكر، لأن اختلاطه بهم وتركه الأمر بالمعروف يسقط عدالته **(أو يرتكب ما يحدّ به)** للفسق، ومراده من يرتكب كبيرة، قاله المصنف وغيره **(أو يدخل الحمام بغير إزار)** لأنه حرام **(أو يلعب بنرد)** أو طاب مطلقاً، قامر أو لا. أما الشطرنج فلشبهة الاختلاف شرط واحد من ستّ فلذا قال: **(أو يقامر بشطرنج أو يترك به الصلاة)** حتى يفوت وقتها **(أو يحلف عليه)** كثيراً **(أو يلعب به على الطريق أو يذكر عليه فسقاً)** أشباه. أو يداوم عليه ذكره سعدي أفندي معزياً للكافي والمعراج **(أو يأكل الربا)** قيدوه بالشهرة، ولا يخفى أن الفسق يمنعها شرعاً، إلا أن القاضي لا يثبت ذلك إلا بعد ظهوره له فالكل سواء.

(أو يلعب بنرد) أي: إذا علم ذلك. فتح. **قوله: (أو طاب)** نوع من اللعب كذا في الهامش.

قال في الفتح: ولعب الطاب في بلادنا مثله، لأنه يرمي ويطرح بلا حساب وإعمال فكر، وكل ما كان كذلك مما أحدثه الشيطان وعمله أهل الغفلة فهو حرام سواء قومر به أو لا اهـ.

قلت: ومثله اللعب بالصينية والخاتم في بلادنا، وإن تورّع ولم يلعب ولكن حضر في مجلس اللعب بدليل من جلس مجلس الغناء، وبه يظهر جهل بعض أهل الورع البارد. **قوله: (أما الشطرنج فلشبهة الاختلاف)** أي: اختلاف مالك والشافعي في قولهما بإباحته، وهو رواية عن أبي يوسف، واختارها ابن الشحنة.

أقول: هذه الرواية ذكرها في المجتبى ولم تشتهر في الكتب المشهورة، بل المشهور الرد على الإباحة، وابن الشحنة لم يكن من أهل الاختيار، سائحاني، وانظر ما في شرح المنظومة المحبية للأستاذ عبد الغني اهـ. **قوله: (شرط واحد)** أي: لحرمته.

والحاصل: أن العدالة إنما تسقط بالشطرنج إذا وجد واحد من خمسة: القمار وفوت الصلاة بسببه وإكثار الحلف عليه واللعب به على الطريق كما في فتح القدير، أو يذكر عليه فسقاً كما في شرح الوهبانية. بحر. كذا في الهامش. **قوله: (على الطريق) قال في الفتح:** وأما ما ذكر من أن من يلعبه على الطريق ترد شهادته فلإتيانه الأمور المحقرة اهـ. **قوله: (أو يداوم عليه)** هذا سادس الستة. كذا في الهامش. **قوله: (قيدوه بالشهرة)** قيل لأنه إذا لم يشتهر به كان الواقع ليس إلا تهمة أكل الربا ولا تسقط العدالة به، وهذا أقرب، ومرجعه إلى ما ذكر في وجه تقييد شرب الخمر بالإدمان. **قوله: (فالكل سواء)** أي: كل المفسقات لا خصوص الربا. سائحاني. **قوله: (بحر)** أصل العبارة للكمال حيث قال: **والحاصل:** أن الفسق في نفس الأمر مانع شرعاً، غير أن القاضي لا يرتب ذلك إلا بعد ظهوره له، فالكل سواء في ذلك. وقال قبله: وأما أكل مال اليتيم فلم يقيده أحد ونصوا أنه بمرة، وأنت تعلم أنه لا بد من الظهور للقاضي لأن الكلام فيما يرد به القاضي

بحر. فليحفظ (أو يبول أو يأكل على الطريق) وكذا كل ما يخلّ بالمروءة، ومنه كشف عورته ليستنجي من جانب البركة والناس حضور وقد كثر في زماننا. فتح (أو يظهر سبّ السلف) لظهور فسقه، بخلاف من يخفيه لأنه فاسق مستور. عيني. قال المصنف: وإنما قيدنا بالسلف تبعاً لكلامهم، وإلا فالأولى أن يقال: سبّ مسلم لسقوط العدالة بسب المسلم وإن لم يكن من السلف كما في السراج والنهاية. وفيها: الفرق بين السلف والخلف، أن السلف الصالح الصدر الأول من التابعين منهم أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه.

والخلف: بالفتح من بعدهم في الخير، وبالسكون في الشر. بحر. وفيه عن العناية عن أبي يوسف: لا أقبل شهادة من سبّ الصحابة، وأقبلها ممن تبرأ منهم لأنه يعتقد ديناً وإن كان على باطل فلم يظهر فسقه، بخلاف السابّ.

شهد أن أباهما أوصى إليه فإن ادعاه (صحت) شهادتهما استحساناً كشهادة دائني الميت ومديونيه والموصى لهما ووصية لثالث على الإيصاء (وإن أنكر لا) لأن

الشهادة فكأنه بمرة يظهر لأنه يحاسب فيعلم أنه استنقص من المال اهـ. قوله: (أو يأكل على الطريق) أي: بأن يكون بمرأى من الناس. بحر.

ثم اعلم أنهم اشترطوا في الصغيرة الإدمان، وما شرطوه في فعل ما يخلّ بالمروءة فيما رأيت، وينبغي اشتراطه بالأولى، وإذا فعل ما يخلّ بها سقطت عدالته وإن لم يكن فاسقاً حيث كان مباحاً، ففاعل المخلّ بها ليس بفاسق ولا عدل، فالعدل من اجتنب الثلاثة، والفاسق من فعل كبيرة أو أصرّ على صغيرة، ولم أر من نبه عليه. وفي العتابية: ولا تقبل شهادة من يعتاد الصياح في الأسواق. بحر. قال في النهاية: وأما إذا شرب الماء أو أكل الفواكه[1] على الطريق لا يقدح في عدالته لأن الناس لا تستقبح ذلك. منح س. قوله: (أوصى إليه) أي: إلى زيد، والأولى إظهاره. قوله: (فإن ادعاه) أي: رضي به. سعدية وعزمية. قوله: (والموصى لهما) أورد على هذا أن الميت إذا كان له وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى نصب آخر. وأجيب بأنه يملكه لإقرارهما بالعجز عن القيام بأمور الميت. كذا في البحر. قوله: (لثالث) أي: لرجل ثالث متعلق شهادة كقوله على الإيصاء: أي: على أن الميت جعله وصياً، وهذا مرتبط بالمسائل الأربع لا بالأخيرة كما لا يخفى، فافهم. وفي البحر: ولا بد من كون الموت معروفاً في الكل: أي: ظاهراً إلا في مسألة المديونين، لأنهما يقران على أنفسهما بثبوت ولاية القبض للمشهود له، فانتفت التهمة

---

(1) قال الرافعي: قوله: (أو أكل الفواكه) لا وجود لها في «المنح» بل الموجود فيها الفول وهو تحريف عن الفوفل ثمر معلوم.

القاضي لا يملك إجبار أحد على قبول الوصية. عيني (كما). لا تقبل (لو شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه وادعى الوكيل أو أنكر) والفرق أن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب، بخلاف الوصي.

وثبت موته بإقرارهما في حقهما؛ وقيل معنى الثبوت أمر القاضي إياهما بالأداء إليه لا براءتهما عن الدين بهذا الأداء لأن استيفاءه منهما حق عليهما، والبراءة حق لهما فلا تقبل. كذا في الكافي اهـ ملخصاً. قوله: (على قبول الوصية) ظاهر في أن الوصي من جهة القاضي خلافاً لما في البحر. قوله: (كما لا تقبل لو شهدا إلخ) هذا إذا كان المطلوب يجحد الوكالة، وإلا جازت الشهادة لأنه يجبر على دفع المال بإقراره بدون الشهادة، وإنما قامت الشهادة لإبراء المطلوب عند الدفع إلى الوكيل إذا حضر الطالب وأنكر الوكالة فكانت شهادة على أبيهما فتقبل. وفرق بينهما وبين من وكل رجلاً بالخصومة في دار بعينها وقبضها وشهد ابنا الموكل بذلك لا تقبل وإن أقر المطلوب بالوكالة، لأنه لا يجبر على دفع الدار إلى الوكيل بحكم إقراره بل بالشهادة فكانت لأبيهما فلا تقبل. بحر ملخصاً عن المحيط. قوله: (أباهما) أشار إلى عدم قبول شهادة ابن الوكيل مطلقاً بالأولى، والمراد عدم قبولها في الوكالة من كل من لا تقبل شهادته للموكل، وبه صرح في البزازية. بحر. قوله: (الغائب) قيد به، لأنه لو كان حاضراً لا يمكن الدعوى بها ليشهدا لأن التوكيل لا تسمع الدعوى به لأنه من العقود الجائزة، لكن يحتاج إلى بيان صورة شهادتهما في غيبته مع جحد الوكيل لأنها لا تسمع إلا بعد الدعوى.

ويمكن أن تصوّر بأن يدعي صاحب وديعة عليه بتسليم وديعة الموكل في دفعها فيجحد فيشهدان به ويقبض ديون أبيهما. وإنما صوّرناه بذلك لأن الوكيل لا يجبر على فعل ما وكل به إلا في رد الوديعة ونحوها كما سيأتي فيها. بحر. وفيه نظر بيناه في حاشيته، فتدبر. قوله: (عن الغائب) لعدم الضرورة إليه لوجود رجاء حضوره س. قال في البحر بعد ذكر الغائب: إلا في المفقود. قوله: (بعد) وكذا قبله بالأولى، فكان الأولى أن يقول: ولو بعد ما عزله القاضي، ودلت المسألة على أن القاضي إذا عزل الوصي ينعزل. بزازية. ويمكن أن يقال: عزله بجنحة. قوله: (ولو شهد إلخ) أصل المسألة في البزازية حيث قال: وكله بطلب ألف درهم قبل فلان والخصومة فخاصم عند غير القاضي ثم عزل الوكيل قبل الخصومة في مجلس القضاء ثم شهد الوكيل بهذا المال لموكله يجوز. وقال الثاني: لا يجوز بناء على أن نفس الوكيل قام مقام الموكل اهـ. فالمراد هنا: أنه خاصم فيما وكل به[1]، فإن خاصم في غيره ففيه تفصيل أشار إليه الشارح فيما يأتي اهـ.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (فالمراد هنا أنه خاصم فيما وكل به) حقه أنه شهد فيما خاصم به فإن شهد في غيره، والمراد بالتفصيل المذكور عن «البزازية».

(شهد الوصي) أي وصيّ الميت (بحق للميت) بعدما عزله القاضي عن الوصاية ونصب غيره أو بعد ما أدرك الورثة (لا تقبل) شهادته للميت في ماله أو غيره (خاصم أو لا) لحلول الوصي محل الميت، ولذا لا يملك عزل نفسه بلا عزل قاض فكان كالميت نفسه فاستوى خصامه وعدمه، بخلاف الوكيل فلذا قال: (ولو شهد الوكيل بعد عزله للموكل إن خاصم) في مجلس القاضي ثم شهد بعد عزله (لا تقبل) اتفاقاً للتهمة (وإلا قبلت) لعدمها خلافاً للثاني فجعله كالوصيّ. سراج. وفي قسامة الزيلعي: كل من صار خصماً في حادثة لا تقبل شهادته فيها، ومن كان بعرضية أن يصير خصماً ولم ينتصب خصماً بعد تقبل، وهذان الأصلان متفق عليهما، وتمامه فيه. قيدنا بمجلس القاضي لأنه لو خاصم في غيره ثم عزله قبلت عندهما، كما لو شهد في غير ما وكل فيه أو عليه. جامع الفتاوى. وفي البزازية: وكله بالخصومة عند القاضي فخاصم المطلوب بألف درهم عند القاضي ثم عزله فشهد أن لموكله على المطلوب مائة دينار تقبل، بخلاف ما لو وكله عند غير القاضي وخاصم، وتمامه فيها. ....

ونقل في الهامش فرعاً هو: ادعى المشتري أنه باعه من فلان وفلان يجحد فشهد له البائع لم تقبل. كذا في المحيط. والبائع إذا شهد لغيره بما باع لا تقبل شهادته، وكذا المشتري، كذا في فتاوى قاضيخان فتاوى الهندية اهـ. **قوله**: (كالوصي) بناء على أن عنده بمجرد قبول الوكالة يصير خصماً وإن لم يخاصم، ولهذا لو أقر على موكله في غير مجلس القضاء نفذ إقراره عليه. وعندهما: لا يصير خصماً بمجرد القبول، ولهذا لا ينفذ إقراره. ذخيرة ملخصاً. **قوله**: (وفي قسامة الزيلعي إلخ) المسألة مبسوطة في الفصل السادس والعشرين من التاترخانية. **قوله**: (متفق عليهما) فيه أن أبا يوسف جعل الوكيل كالوصي[1] وإن لم يخاصم مع أنه بعرضة أن يخاصم. **قوله**: (عندهما) أي: خلافاً للثاني كما تقدم ح. **قوله**: (أو عليه) أي: أو شهد عليه أي: على الموكل. **قوله**: (وفي البزازية) بيان لقوله: «في غير ما وكل فيه». **قوله**: (عند القاضي) متعلق بوكل لا بالخصومة. **قوله**: (مائة دينار) أي: مال غير الموكل به، بخلاف ما مر. **قوله**: (وتمامه فيها) حيث قال: بخلاف ما لو وكله عند غير القاضي فخاصم مع المطلوب بألف وبرهن على

(1) قال الرافعي: قوله: (فيه أن أبا يوسف جعل الوكيل كالوصي إلخ) فيه أن الوكيل صار خصماً عند أبي يوسف بمجرد التوكيل، وإن لم يخاصم وقد حكى الاتفاق على الأصلين في شروح «الهداية» أيضاً على أن ما ذكره الزيلعي مبني على ما قاله أبو يوسف أوّلاً لا على ما رجع إليه من جعل الوكيل كالوصي.

(كـ)ـما قبلت عندهما خلافاً للثاني (شهادة اثنين بدين على الميت لرجلين ثم شهد المشهود لهما للشاهدين بدين على الميت) لأن كل فريق يشهد بالدين في الذمة وهي تقبل حقوقاً شتى فلم تقع الشركة له في ذلك، بخلاف الوصية بغير عين كما في

الوكالة ثم عزله الموكل عنها فشهد له على المطلوب بمائة دينار، فما كان للموكل على المطلوب بعد القضاء بالوكالة لا يقبل، لأن الوكالة لما اتصل بها القضاء صار الوكيل خصماً في حقوق الموكل على غرمائه، فشهادته بعد العزل بالدنانير شهادة الخصم فلا تقبل، بخلاف الأول لأن علم القاضي بوكالته ليس بقضاء فلم يصر خصماً في غير ما وكل به وهو الدراهم فتجوز شهادته بعد العزل في حق آخر اهـ بزيادة من جامع الفتاوى. وزاد في الذخيرة: إلا أن يشهد بمال حادث بعد تاريخ الوكالة فحينئذ تقبل شهادتهما عنده اهـ. ولهذا قال في البزازية بعد ما مر: وهذا غير مستقيم فيما يحدث، لأن الرواية محفوظة فيما إذا وكله بالخصومة في كل حق له وقبضه على رجل: يعني أنه لا يتناول الحادث، أما إذا وكله بطلب كل حق له قبل الناس أجمعين فالخصومة تنصرف إلى الحادث أيضاً استحساناً، فإذا تحمل المذكورة على الوكالة العامة.

ثم قال: والحاصل: أنه في الوكالة العامة بعد الخصومة لا تقبل شهادته لموكله على المطلوب ولا على غيره في القائمة ولا في الحادثة إلا في الواجب بعد العزل اهـ: يعني وأما في الخاصة: فلا تقبل فيما كان على المطلوب قبل الوكالة وتقبل في الحادث بعدها أو بعد العزل. وإنما جاء عدم الاستقامة بالتقييد بقوله: بما كان للموكل على المطلوب بعد القضاء بالوكالة، ولذا لم يقيد بذلك في الذخيرة، بل صرح بعده بأن الحادث تقبل فيه كما قدمناه، فاغتنم هذا التحرير اهـ. وذكر في الهامش عبارة جامع الفتاوى ونصها: لأنه في الفصل الثاني لما اتصل القضاء بها: أي: بالوكالة صار الوكيل خصماً في جميع حقوق الموكل على غرمائه، فإذا شهد بالدنانير فقد شهد بما هو خصم فيه، وفي الأول: علم القاضي بوكالته ليس بقضاء فلم يصر خصماً فكان في غير ما وكل به وهو الدراهم فتجوز شهادته بعد العزل في حق آخر اهـ. قوله: (شهادة اثنين إلخ) راجع الفصل الرابع والعشرين من التاترخانية[1]. قوله: (في ذلك) أي: فيما في الذمة، وإنما تثبت الشركة في المقبوض بعد القبض. ووجه قول أبي يوسف بعدم القبول: أن أحد الفريقين إذا قبض شيئاً من التركة بدينه شاركه الفريق الآخر فصار كل شاهداً لنفسه. قوله: (بخلاف الوصية بغير عين) كما إذا شهدا أن الميت أوصى لرجلين بألف فادعى الشاهدان أن الميت أوصى لهما بألف وشهد الموصى لهما أن الميت أوصى للشاهدين بألف لاتقبل الشهادتان، لأن حق الموصى له تعلق بعين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة، فصار كل واحد من الفريقين مثبتاً لنفسه حق المشاركة في التركة

---

(1) قال الرافعي: قوله: (الرابع والعشرين من «التتارخانية») حقه العاشر، فإنه في التتارخانية ذكر شهادة بعض لبعض فيه لا في الرابع والعشرين وكذلك في «الذخيرة».

وصايا المجمع وشرحه، وسيجيء ثمة (و) كـ(ـشهادة وصيين لوارث كبير) على أجنبي (في غير مال الميت) فإنها مقبولة في ظاهر الرواية، كما لو شهد الوصيان على إقرار الميت بشيء معين لوارث بالغ تقبل. بزازية (ولو) شهدا (في ماله) أي: الميت (لا) خلافاً لهما، ولو لصغير لم يجز اتفاقاً، وسيجيء في الوصايا (كما) لا تقبل (الشهادة على جرح) بالفتح: أي: فسق (مجرد) عن إثبات حق لله تعالى أو للعبد، فإن تضمنته قبلت وإلا لا (بعد التعليل و) لو (قبله قبلت) أي: الشهادة بل الإخبار ولو من واحد على الجرح المجرد. كذا اعتمده المصنف تبعاً لما قرره صدر الشريعة، وأقره منلا خسرو وأدخله تحت قولهم: الدفع أسهل من الرفع، وذكر وجهه، وأطلق ابن الكمال ردها تبعاً لعامة الكتب، وذكر وجهه، وظاهر كلام الواني وعزمي زاده

فلا تصح شهادتهما، واحترز بالوصية بغير عين عن الوصية بها، كما لو شهدا أنه أوصى لرجلين بعين وشهد المشهود لهما للشاهدين الأولين أنه أوصى لهما بعين أخرى فإنها تقبل الشهادتان اتفاقاً، لأنه لا شركة ولا تهمة اهـ ح. كذا في الهامش. **قوله: (على أجنبي)** الظاهر أنه غير قيد. تأمل. **قوله: (حق الله تعالى)** ولو كان الحق تعزيزاً، وانظر باب التعزير من البحر عند قوله: يا فاسق يا زاني. **قوله: (وإلا لا)** تكرار. س. **قوله: (بعد التعديل)** ولو قبله قبلت. ذكر في البحر أن التفصيل إنما هو إذا ادعاه الخصم وبرهن عليه جهراً، أما إذا أخبر القاضي به سراً وكان مجرداً طلب منه البرهان عليه، فإذا برهن عليه سراً أبطل الشهادة لتعارض الجرح والتعديل فيقدم الجرح، فإذا قال الخصم للقاضي سراً: إن الشاهد أكل ربا وبرهن عليه رد شهادته كما أفاده في الكافي اهـ. ووجهه: أنه لو كان البرهان جهراً لا يقبل على الجرح المجرد لفسق الشهود به بإظهار الفاحشة، بخلاف ما إذا شهدوا سراً كما بسطه في البحر.

وحاصله: أنها تقبل على الجرح ولو مجرداً أو بعد التعديل لو شهدوا به سراً، وبه يظهر أنه لا بد من التقييد لقول المصنف: «لا تقبل بعد التعديل بما إذا كان جهراً» وظاهر كلام الكافي أن الخصم لا يضره الإعلان بالجرح المجرد كما في البحر: أي: لأنه إذا لم يشتبه بالشهود[1] سراً وفسق بإظهار الفاحشة لا يسقط حقه، بخلاف الشهود فإنها تسقط شهادتهم بفسقهم بذلك، وكذا يقبل عند سؤال القاضي.

قال في البحر أول الباب المار: وقد ظهر من إطلاق كلامهم هنا أن الجرح يقدم على التعديل سواء كان مجرداً أو لا عند سؤال القاضي عن الشاهد، والتفصيل الآتي من أنه إن كان

---

(١) قال الرافعي: قوله: (لأنه إذا لم يشتبه بالشهود إلخ) صوابه: لأنه إذا لم يثبته الشهود إلخ.

الميل إليه، وكذا القهستاني حيث قال: وفيه أن القاضي لم يلتفت لهذه الشهادة ولكن يزكي الشهود سراً وعلناً، فإن عدلوا قبلها، وعزاه للمضمرات، وجعله البرجندي على قولهما(1) لا قوله، فتنبه (مثل أن يشهدوا على شهود المدعي) على الجرح المجرد (بأنهم فسقة أو زناة أو أكلة الربا أو شربة الخمر أو على إقرارهم أنهم شهدوا

مجرداً لا تسمع البينة به أو لا فتسمع إنما هو عند طعن الخصم في الشاهد علانية اهـ.

هذا، وقد مر قبل هذا الباب أنه لا يسأل عن الشاهد بلا طعن من الخصم. وعندهما يسأل مطلقاً، والفتوى على قولهما من عدم الاكتفاء بظاهر العدالة، وحينئذ فكيف يصح القول برد الشهادة على الجرح المجرد قبل التعديل؟ وأجاب السائحاني بأن من قال: تقبل أراد أنه لا يكفي حينئذ ظاهر العدالة، ومن قال: ترد أراد أن التعديل لو كان ثابتاً أو أثبت بعد ذلك لا يعارضه الجرح المجرد فلا تبطل العدالة اهـ. ويشير إلى هذا قول ابن الكمال(2).

فإن قلت: أليس الخبر عن فسق الشهود قبل إقامة البينة على عدالتهم يمنع القاضي عن قبول شهادتهم والحكم بها؟

قلت: نعم، لكن ذلك للطعن في عدالتهم لا لسقوط أمر يسقطهم عن حيز القبول، ولذا لو عدلوا بعد هذا تقبل شهادتهم، ولو كانت الشهادة على فسقهم مقبولة لسقطوا عن حيز الشهادة ولم يبق لهم مجال التعديل اهـ. وهذا معنى كلام القهستاني، وكذلك كلام صدر الشريعة ومنلا خسرو، يرجع إلى ما ذكره ابن الكمال. قوله: (وجعله البرجندي) أقول: المتبادر منه رجوعه إلى قوله: «لكن يزكي الشهود سراً وعلناً» أما على قول الإمام فيكتفي بالتزكية علناً كما تقدم وهذا محله ما إذا لم يطعن الخصم. أما إذا طعن كما هنا فلا اختلاف، بل هو على قول الكل من أنهم يزكون سراً وعلناً، فتأمل وراجع. ولعل هذا هو وجه أمر الشارح بقوله: «فتنبه» س. والظاهر أن الضمير راجع إلى الإطلاق المفهوم من قوله: «وأطلق الكمال». قوله: (أو زناة إلخ) أي: عادتهم

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (وجعله البرجندي على قولهما إلخ) الظاهر أنه راجع للتزكية سراً وعلناً وضمير قولهما للشيخين، وقوله لمحمد.

(2) قال الرافعي: قوله: (ويشير إلى هذا قول ابن الكمال إلخ) في الفصل الثامن من «التتمة» من مسائل الجرح والتعديل ما نصه: وإن جرحهم واحد وزكاهم واحد، فعندهما الجرح أولى، لأن الجرح والتعديل يتم بالواحد عندهما فصار كما إذا جرحهم اثنان وزكاهم اثنان، وعند محمد الشهادة موقوفة لا ترد ولا تجاز، وهكذا ذكر في «المنتقى» قال: فإن جرحهم آخر ثبت الجرح فترد، وإن لم يجرحهم أحد وعدلهم ثبتت العدالة فتجاز، وإن جرحهم واحد وعدلهم اثنان، فالتعديل أولى عندهم جميعاً، وإن جرحهم اثنان وعدلهم عشرة فالجرح أولى اهـ. ونحو ما في «التتمة» في «البزازية» من القضاء، وهذا محمول على ما إذا أخبر الجارح القاضي بالجرح سراً أو عند سؤاله منه عن الشاهد، فلا ينافي ما ذكره المصنف والشارح، فإنه فيما إذا أخبر به جهراً.

بزور أو أنهم أجراء في هذه الشهادة، أو أن المدعي مبطل في هذه الدعوى، أو أنه لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة) فلا تقبل بعد التعديل بل قبله. درر. واعتمده المصنف (وتقبل لو شهدوا على) الجرح المركب (كإقرار المدعي بفسقهم أو إقراره بشهادتهم بزور أو بأنه استأجرهم على هذه الشهادة) أو على إقرارهم أنهم لم

الزنى أو أكل الربا أو الشرب، وفي هذا لا يثبت الحد، بخلاف ما يأتي من أنهم زنوا أو سرقوا مني إلخ، لأنها شهادة على فعل خاص موجب للحد، هذا ما ظهر لي.

فرع: ذكره في الهامش ومن ادعى ملكاً لنفسه ثم شهد أنه ملك غيره لا تقبل شهادته، ولو شهد بملك لإنسان ثم شهد به لغيره لا تقبل، ولو ابتاع شيئاً منْ واحد ثم شهد به لآخر ترد شهادته، ولو برهن أن الشاهد أقر أنه ملكي يقبل والشاهد لو أنكر الإقرار لا يحلف. جامع الفصولين في الرابع عشر اهـ. قوله: (فلا تقبل) تكرار مع ما مر. قوله: (واعتمده المصنف) قال: وإنما لم تقبل هذه الشهادة بعد التعديل، لأن العدالة بعد ما ثبتت لا ترتفع إلا بإثبات حق الشرع أو العبد كما عرفت، وليس في شيء مما ذكر إثبات واحد منهما، بخلاف ما إذا وجدت قبل التعديل فإنها كافية في الدفع كما مر، كذا قاله منلا خسرو وغيره.

فإن قلت: لا نسلم أنه ليس فيما ذكر إثبات واحد منهما: يعني حق الله تعالى وحق العبد، لأن إقرارهم بشهادة الزور أو شرب الخمر مع ذهاب الرائحة موجب للتعزير وهو هنا من حقوق الله تعالى.

قلت: الظاهر أن مرادهم بما يوجب حقاً لله تعالى الحد لا التعزير لقولهم: وليس في وسع القاضي إلزامه لأنه يدفعه بالتوبة، لأن التعزير حق الله تعالى يسقط بالتوبة، بخلاف الحد لا يسقط بها، والله تعالى أعلم اهـ.

قلت: لكن صرح في تعزير البحر أن الحق لله تعالى لا يختص بالحد بل أعم منه ومن التعزير، وصرح هناك أيضاً بأن التعزير لا يسقط بالتوبة، إلا أن يقال: إن مراده به ما كان حقاً للعبد لا يسقط بها. تأمل. قوله: (كإقرار المدعي) قال في البحر: لا يدخل تحت الجرح ما إذا برهن على إقرار المدعي بفسقهم أو أنهم أجراء أو لم يحضروا الواقعة أو على أنهم محدودون في قذف أو على رق الشاهد أو على شركة الشاهد في العين، وكذا قال في الخلاصة للخصم أن يطعن بثلاثة أشياء: أن يقول: هما عبدان، أو محدودان في قذف، أو شريكان؛ فإذا قال: هما عبدان يقال للشاهدين: أقيما البينة على الحرية، وفي الآخرين يقال للخصم: أقم البينة أنهما كذلك اهـ، فعلى هذا الجرح في الشاهد إظهار ما يخلّ بالعدالة لا بالشهادة مع العدالة، فإدخال هذه المسائل في الجرح المقبول كما فعل ابن الهمام مردود، بل من باب الطعن كما في الخلاصة. وفي خزانة الأكمل: لو برهن على إقرار المدعي بفسقهم أو بما يبطل شهادتهم يقبل، وليس هذا بجرح وإنما

يحضروا المجلس الذي كان فيه الحق. عيني (أو أنهم عبيد أو محدودون بقذف) أو أنه ابن المدعي أو أبوه. عناية. أو قاذف والمقذوف يدّعيه (أو أنهم زنوا ووصفوه أو سرقوا مني كذا) وبينه (أو شربوا الخمر ولم يتقادم العهد) كما مر في بابه (أو قتلوا النفس عمداً)[1] عيني (أو شركاء المدعي) أي: والمدعى مال (أو أنه استأجرهم بكذا لها) للشهادة (وأعطاهم ذلك مما كان لي عنده) من المال (ولو لم يقله لم تقبل لدعواه الاستئجار لغيره) ولا ولاية له عليه (أو أني صالحتهم على كذا ودفعته إليهم) ...

هو من باب إقرار الإنسان على نفسه اهـ. وهذا لا يرد على المصنف فكان على الشارح أن لا يذكر قوله: «الجرح المركب» فإنها زيادة ضرر. قوله: (بقذف) لأن من تمام حده رد شهادته وهو من حقوق الله تعالى. قوله: (ولم يتقادم العهد) بأن لم يزل الريح في الخمر ولم يمض شهر في الباقي، قيد بعدم التقادم، إذ لو كان متقادماً لا تقبل لعدم إثبات الحق به لأن الشهادة بحد متقادم مردودة. منح. وما ذكره المصنف بقوله: «ولم يتقادم العهد» وفق به الزيلعي بين جعلهم هم زناة. شربة الخمر من المجرد وجعلهم زنوا أو سرقوا من غيره ونقل عن المقدسي أن الأظهر أن قولهم: زناة أو فسقة أو شربة أو أكلة ربا اسم فاعل، وهو قد يكون بمعنى الاستقبال فلا يقطع بوصفهم بما ذكر، بخلاف الماضي اهـ ملخصاً. وهو حسن جداً لأنه هو المتبادر من تخصيصهم في التمثيل للأول باسم الفاعل وللثاني بالماضي. قوله: (أو شركاء) فيما إذا كانت الشهادة في شركتهما. منح. والمراد أن الشاهد شريك مفاوض، فمهما حصل من هذا الباطل يكون له فيه منفعة، لا أن يراد أنه شريكه في المدعى به وإلا كان إقراراً بأن المدعى به لهما. فتح، ومثله في القهستاني. وما في البحر من حمله على الشركة عقداً يشمل بعمومه العنان ولا يلزم منه نفع الشاهد[2] فكأنه سبق قلم. وعلى ما قلنا فقول الشارح: «والمدعى مال» أي: مال تصح فيه الشركة ليخرج نحو العقار وطعام أهله وكسوتهم مما لا تصح فيه. قوله: (أو أني صالحتهم) أي: شهدوا على قول المدعي[3] إني صالحتهم إلخ. ....

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (أو قتلوا النفس عمداً) أي: والولي يدعيه كما في قوله: قاذف إلخ وقال ط: فيه أن هذه الشهادة لا توجب حقاً لله تعالى ولا للعبد لعدم تعين ولي الدم، ولاحتمال أنه قتل عمداً بحق، كأن قتل المقتول ولي القاتل اهـ، وحينئذ يراد ما إذا ادعى الولي القتل العمد بغير حق.

(2) قال الرافعي: قوله: (ولا يلزم منه نفع الشاهد) نعم يلزم منه نفع الشاهد إذا كان المدعى من جنس الشركة فيستقيم كلام «البحر» وقال ط: ليس المراد أنه أقام شاهدين على أنهما شركاء في المدعى به، وإلا كان إقراراً بالمدعى لهما، بل هي قائمة على إقراره «بحر» مزيداً.

(3) قال الرافعي: قوله: (أي: شهدوا على قول المدعي إلخ) عبارة الزيلعي: وكذا إذا قال: صالحت الشهود بكذا من المال على أن لا يشهدوا بهذا الباطل وقد شهدوا عليّ به، وأقام على ذلك بينة وطلب استرداده إلخ.

أي: رشوة، وإلا فلا صلح بالمعنى الشرعي، ولو قال: ولم أدفعه لم تقبل (على أن لا يشهدوا عليّ زوراً و) قد (شهدوا زوراً) وأنا أطلب ما أعطيتهم، وإنما قبلت في هذه الصور لأنها حق الله تعالى أو العبد فمست الحاجة لإحيائهما (شهد عدل[1] فلم يبرح) عن مجلس القاضي ولم يطل المجلس ولم يكذبه المشهود له (حتى قال: أوهمت) أخطأت (بعض شهادتي ولا مناقضة قبلت) شهادته بجميع ما شهد به لو عدلاً ولو بعد القضاء وعليه الفتوى. خانية وبحر.

قلت: لكن عبارة الملتقى تقتضي قبول قوله: أوهمت وأنه يقضي بما بقي وهو مختار السرخسي وغيره، وظاهر كلام الأكمل وسعدي ترجيحه فتنبه وتبصر

قوله: (أي رشوة) قاله في السعدية. قوله: (فلم يبرح) لأنه لو قام لم يقبل منه ذلك لجواز أنه غره الخصم بالدنيا. بحر. قوله: (أخطأت) قال في البحر: معنى قوله: «أوهمت أخطأت» بنسيان ما كان يحق علي ذكره أو بزيادة كانت باطلة. كذا في الهداية، اهـ. قوله: (بعض شهادتي) منصوب على نزع الخافض: أي: في بعض شهادتي. سعدية. قوله: (قبلت شهادته) قال في المنح: واختاره في الهداية لقوله في جواب المسألة جازت شهادته، وقيل يقضي بما بقي إن تداركه بنقصان، وإن بزيادة يقضي بها إن ادعاها المدعي، لأن ما حدث بعدها قبل القضاء يجعل كحدوثه عندها، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي، واقتصر عليه قاضيخان وعزاه إلى الجامع الصغير اهـ. قوله: (لو عدلاً) تكرار مع المتن. س. قوله: (وعليه الفتوى) أي: على قوله: «ولو بعد القضاء».
قوله: (بما بقي) أي: أو بما زاد كما صرح به غيره ومثله في البحر. قال: وعليه فمعنى القبول العمل بقوله الثاني. قوله: (فتنبه وتبصر) في كلام الشارح عفى عنه في هذا المقام نظر من وجوه:

الأول: أن قوله: «ولو بعد القضاء» ليس في محله، لأن الضمير في قول المصنف: «قبلت» راجع إلى الشهادة كما نص عليه في المنح، وهو مقتضى صنيعه هنا، وحينئذ فلا معنى لقبولها بعد القضاء، بل الصواب ذكره بعد عبارة الملتقى.

الثاني: أنه لا محل للاستدراك هنا[2]، لأن في المسألة قولين، ولا يقبل الاستدراك بقول على آخر إلا أن يعتبر الاستدراك بالنظر إلى ترجيح الثاني.

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (شهد عدل) أي: ثابت العدالة عند القاضي أو لا وسأل عنه فعدل «بحر» عن «الفتح». وقوله: ولم يطل المجلس هو رواية هشام عن محمد كما في «البحر» لكن تعليل المسألة لا يظهر عليه، واشتراط عدم البراح إنما يناسب القول الثاني، فيكون المصنف جارياً عليه، والتعبير بقوله: جازت شهادته غير دال على جريانه على القول الأول، كما أن عبارة «الهداية» كذلك انظر حاشية «البحر».

(2) قال الرافعي: قوله: (الثاني أنه لا محل للاستدراك هنا) الثاني وما بعده من أوجه النظر غير وارد على الشارح بالتأمل والنظر كما أن الأول كذلك وعبارته موافقة لما في «البحر»، نعم الأولى أن يقول: ولو قبل القضاء.

(وإن) قاله الشاهد (بعد قيامه عن المجلس لا)[1] **تقبل على الظاهر احتياطاً، وكذا لو وقع الغلط في بعض الحدود أو النسب. هداية (بينة أنه) أي: المجروح (مات من الجرح أولى من بينة الموت بعد البرء) ولو (أقام أولياء مقتول بينة على أن زيداً جرحه**

الثالث: أن قوله: «وكذا لو وقع الغلط في بعض الحدود أو النسب» يقتضي أنه مفرع على القول المذكور في المتن وليس كذلك.

الرابع: أنه يقتضي أنه لا يقبل قوله بذلك وليس كذلك.

وعبارة الزيلعي تدل على ما قلنا من أوجه النظر المذكورة، حيث قال: ثم قيل يقضي بجميع ما شهد به أوّلاً، حتى لو شهد بألف ثم قال: غلطت في خمسمائة يقضي بألف لأن المشهود به أوّلاً صار حقاً للمدعي ووجب على القاضي القضاء به فلا يبطل برجوعه. وقيل يقضي بما بقي لأن ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء كحدوثه عند الشهادة. ثم قال: وذكر في النهاية أن الشاهد إذا قال: أوهمت في الزيادة أو في النقصان يقبل قوله إذا كان عدلاً، ولا يتفاوت بين أن يكون قبل القضاء أو بعده رواه عن أبي حنيفة، وعلى هذا لو وقع الغلط في ذكر بعض حدود العقار أو في بعض النسب ثم تذكر تقبل لأنه قد يبتلى به في مجلس القضاء فذكره ذلك للقاضي دليل على صدقه واحتياطه في الأمور اهـ. فتأمل. قوله: (أو النسب) بأن قال محمد بن علي بن عمران: فتداركه في المجلس قيل وبعده، وقوله: (بعض الحدود) بأن ذكر الشرقي مكان الغربي ونحوه. فتح. قوله: (أولى من بينة الموت) نقل الشيخ غانم خلافه عن الخلاصة[2] وغيرها، فراجعه، وأفتى المفتي أبو السعود بخلافه. وذكر في البحر مسائل في تعارض البينات وترجيحها في الباب الآتي عند قوله: ولو شهدا أنه قتل زيداً يوم النحر إلخ. وذكر في الهامش مسائل في تعارض البينات هي قطع أقامت الأمة بينة أن مولاها دبرها في مرض موته وهو عاقل وأقامت الورثة بينة أنه كان مخلوط العقل فبينة الأمة أولى، وكذا إذا خالع امرأته ثم أقام الزوج بينة أنه كان مجنوناً وقت الخلع والمرأة على أنه كان عاقلاً فبينة المرأة أولى في الفصلين. زوّج الأب بنته البالغة من رجل

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (وإن بعد قيامه عن المجلس لا) في «البزازية» من الفصل الثالث من الشهادة في النوازل ذكر عطاء بن حمزة وقع الغلط في الدعوى أو الشهادة، ثم أعاد أو أعادوا في مجلس آخر بلا خلل إن زاد أو زاد وإلا يقبل، وإن خلا عن تناقض، لأن الظاهر أن الزيادة كانت بتلقين إنسان، وعن الإمام: شهدا عند القاضي ثم زادا فيها قبل القضاء أو بعده وقالا: أوهمنا وهما عدلان تقبل، وعليه الفتوى، وأما تعيين المحتمل وتقييد المطلق يصح من الشاهد، ولو بعد الافتراق ذكره القاضي، وعن الإمام: الثاني لو شهد عند القاضي، ثم جاء بعد يوم وقال: شككت في شهادتي في كذا وكذا، فإن كان يعرف بالصلاح تقبل شهادته فيما بقي، وإن كان لا يعرف به فهذه تهمة تلغي شهادته، وقوله: رجعت عن شهادتي في كذا وكذا، أو غلطت في كذا، أو نسيت مثل قوله: شككت وهذا كله بشرط عدم المناقضة بين الأول والثاني اهـ.

(2) قال الرافعي: قوله: (نقل الشيخ غانم خلافه عن «الخلاصة» إلخ) نقله المحشي في الجنايات،

وقتله وأقام زيد بينة على أن المقتول قال: إن زيداً لم يجرحني ولم يقتلني فبينة زيد أولى[1] من بينة أولياء المقتول) مجمع الفتاوى (وبينة الغبن) من يتيم بلغ (أولى من

على أنه يعطيه ألفاً فأعطاه ثم ادعت البنت أن الألف مهرها وادعى الأب أنه له لأجل قفتانلق[2] وأقاما البينة فبينة البنت أولى، لأن بينتها تثبت الوجوب في النكاح وبينته تثبت الرشوة. حاوي الزاهدي. ولو ادعى أحدهما البيع بالتلجئة وأنكر الآخر فالقول لمدعي الجد بيمينه، ولو برهن أحدهما قبل، ولو برهنا فالتلجئة كما سبق في البيع تعارضت بينتا صحة الوقف وفساده، فإن الفاسد لشرط في الوقف مفسد فبينة الفساد أولى، وإن كان لمعنى في المحل وغيره فبينة الصحة أولى. وعلى هذا التفصيل إذا اختلف البائع والمشتري في صحة البيع وفساده. باقاني على الملتقى. بينة أنه باعها في البلوغ أولى من بينة أنه باعها في صغره. حاوي الزاهدي: إذا تعارضت بينة القدم والحدوث. ففي البزازية والخلاصة: بينة القدم أولى. وفي ترجيح البينات للبغدادي عن القنية: بينة الحدوث أولى. وذكر العلائي في شرح الملتقى أن بينة القدم أولى في البناء وبينة الحدوث أولى في الكنيف اهـ حامدية. ولو ظهر جنونه وهو مفيق يجحد الإفاقة وقت بيعة فالقول له وبينة الإفاقة أولى من بينة الجنون. وعن أبي يوسف: إذا ادعى شراء الدار فشهد شاهدان أنه كان مجنوناً عندما باعه وآخران أنه كان عاقلاً فبينة العقل وصحة البيع أولى. إذا اختلف المتبايعان في صحة العقد وفساده فإنما يجعل القول لمن يدعي الصحة والبينة بينة من يدعي الفساد، ولو قال: لا دعوى على تركة أخي أو لا حق في تركة أخي وهو أحد الورثة لا يبطل ولا يدفع الورثة بهذا اللفظ، بحر عن النوادر اهـ. قوله: (من يتيم بلغ) متعلق ببينة. ....

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (فبينة زيد أولى إلخ) هذا إذا لم يكن جرح زيد له معلوماً عند القاضي والناس، ففي «المحيط البرهاني» من الفصل السادس والعشرين: وإذا جرح الرجل عمداً بالسيف، فأشهد المجروح أن فلاناً لم يجرحه، ثم مات من ذلك، فهذا على وجهين إما أن تكون جراحة فلان معروفة عند الناس والقاضي أو لم تكن، فإن كانت معروفة عند الناس والقاضي فهذا الإشهاد منه لا يصح، لأن الإشهاد منه حصل على ما هو كذب بيقين، فإن إقراره أن فلاناً لم يجرحه وفلان قد جرحه كذب بيقين، والكذب مما لا يتعلق به حكم فصار وجوده والعدم بمنزلة، فإن قيل: يجب أن يكون جحوده كناية عن الإبراء حتى لا يلغو كما يجعل جحود المتبايعين للبيع كناية عن الفسخ كيلا يلغو قلنا: جحود السبب إنما يجعل كناية عن الفسخ في موضع كان السبب قابلاً للفسخ بخلاف غيره، فإن جحوده لا يجعل كناية عن إسقاطه، كتجاحد الزوجين النكاح لما تعذر أن يجعل كناية عن الفسخ، لأنه لا يقبل الفسخ بتراضيهما لم يجعل كناية عن الطلاق الذي هو إسقاط النكاح، والجراحة بعد وقوعها لا تقبل الفسخ كالنكاح، فلا يجعل كناية عن إسقاطها ولا يجعل كناية عن الإبراء الذي يسقط الدين، لأن نفي الجراحة لو تحقق لا يكون سبباً لسقوط الواجب بالجراحة، لأن ما يجب بها لا يجب من غيرها، وإن لم تكن جراحة فلان معروفة عند القاضي وعند الناس كان الإشهاد صحيحاً، لأنه محتمل للصدق فيجعل صدقاً اهـ.

(2) قال الرافعي: قوله: (وادعى الأب أنه لأجل قفتانلق) أي: لأجل أعمال القفطان فارسي.

بينة كون القيمة) أي: قيمة ما اشتراه من وصيه في ذلك الوقت (مثل الثمن) لأنها تثبت أمراً زائداً، ولأن بينة الفساد أرجح من بينة الصحة. درر. خلافاً لما في الوهبانية، أما بدون البينة فالقول لمدعي الصحة. منية (وبينة كون المتصرف)[1] في نحو تدبير أو خلع أو خصومة[2] (ذا عقل أولى من بينة) الورثة مثلاً (كونه مخلوط العقل أو مجنوناً) ولو قال الشهود: لا ندري كان في صحة أو مرض فهو على المرض، ولو قال الوارث: كان يهذي يصدّق حتى يشهدا أنه كان صحيح العقل.

قوله: (ما اشتراه) أي: المشتري. قوله: (من وصيه) أي: وصي اليتيم. قوله: (ذا عقل) بينة كون البائع معتوهاً أولى من بينة كونه عاقلاً غانم البغدادي. قوله: (فهو على المرض) لأن تصرفه أدنى من تصرف الصحة فيكون متيقناً، وانظر نسخة السائحاني. قال: مجرد هذه الحواشي الذي في السائحاني هو قوله: ولو قال الشهود: لا ندري كان في صحة أو مرض فهو على المرض: أي: لأن تصرفه أدنى من تصرف الصحة فيكون متيقناً. وفي جامع الفتاوى: ولو ادعى الزوج بعد وفاتها أنها كانت أبرأته من الصداق حال صحتها وأقام الوارث بينة أنها أبرأته في مرض موتها فبينة الصحة أولى، وقيل: بينة الورثة أولى، ولو أقر لوارث ثم مات فقال المقر له: أقر في صحته وقال بقية الورثة: في مرضه فالقول للورثة والبينة للمقر له وإن لم يقم بينة وأراد استحلافهم له ذلك. ادعت المرأة البراءة عن المهر بشرط وادعاها الزوج مطلقاً وأقاما البينة فبينة المرأة أولى إن كان الشرط متعارفاً يصح الإبراء معه؛ وقيل: البينة من الزوج أولى؛ ولو أقامت المرأة بينة على المهر على أن زوجها كان مقراً به يومنا هذا وأقام الزوج بينة أنها أبرأته من هذا المهر فبينة البراءة أولى، وكذا في الدين لأن بينة مدعي الدين بطلت كإقرار المدعى عليه بالدين ضمن دعواه البراءة

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (وبينة كون المتصرف إلخ) هذه المسألة خلافية فعلى ما ذكره المصنف بينة كون المتصرف ذا عقل أولى، وعلى ما ذكره غانم بينة كونه معتوهاً أولى، وقد ذكر ما يفيد الخلاف الشيخ عبد الرحمٰن الخصالي في «ترجيح البينات» حيث قال في كتاب العتاق ما نصه: بينة أمة على أن يكون مولاها عاقلاً حين تدبيرها في مرض الموت أولى من بينة الورثة على أن يكون مخلوط العقل، «ترجيح البينات» في الدعوى بينة كون البائع معتوهاً أولى من بينة كونه عاقلاً. «جامع الفتاوى» في الدعوى وكذا في «القنية» بينة مشتري الدار على كون بائعه عاقلاً وقت البيع أولى عند أبي يوسف من بينة البائع على كونه مجنوناً وقت البيع «ترجيح البينات» في البيع اهـ. وانظر الأرجح عندهم.

(2) قال الرافعي: قول الشارح: (أو خصومة إلخ) الذي في «الدرر»: وإذا أقامت الأمة بينة أن مولاها دبرها في مرض موته وهو عاقل، والورثة أنه كان مخلوط العقل فبينة الأمة أولى، وكذا إذا خلع امرأته ثم أقام الزوج أنه كان مجنوناً وقت الخلع وأقامت بينة على كونه عاقلاً حينئذ، أو كان مجنوناً وقت الخصومة فأقام وليه بينة أنه كان مجنوناً، والمرأة على أنه كان عاقلاً، فبينة المرأة أولى في الفصلين اهـ. تأمل.

بزازية. (وبينة الإكراه) في إقراره (أولى من بينة الطوع) إن أرّخا واتحد تاريخهما، فإن اختلفا أو لم يؤرّخا فبينة الطوع أولى. ملتقط وغيره. واعتمده المصنف وابنه وعزمي زاده.

فروع: بينة الفساد أولى من بينة الصحة. شرح وهبانية. وفي الأشباه: اختلف المتبايعان في الصحة والبطلان فالقول لمدعي البطلان، وفي الصحة والفساد لمدعي الصحة إلا في مسألة الإقالة[1]. ....

كشهود بيع وإقالة، فإن بينتها لم يبطلها شيء وتبطل بينة البيع لأن دعوى الإقالة إقرار به، وقوله: «فهو على المرض» لم يذكر ما إذا اختلفا في الصحة والمرض. وفي الأنقروي: ادعى بعض الورثة أن المورّث وهبه شيئاً معيناً وقبضه في صحته وقالت البقية: كان في المرض فالقول لهم، وإن أقاموا البينة فالبينة لمدعي الصحة، ولو ادعت أن زوجها طلقها في مرض الموت ومات وهي في العدة وادعى الورثة أنه في الصحة فالقول لها، وإن برهنا وقتاً واحداً فبينة الورثة أولى[2] اهـ. هذا ما وجدته فيها. قوله: (أولى من بينة الطوع) قال ابن الشحنة:

وَبَيِّنَتَا كُرْهٍ وَطَوْعٍ أُقِيمَتَا ... فَتَقْدِيمُ ذَاتِ الْكُرْهِ صَحَّحَ الاكْثَرُ[3]

قال في الهامش: تعارضت بينة الإكراه والطوع في البيع والصلح والإقرار فبينة الإكراه أولى. باقاني على الملتقى. وخانية في أحكام البيوع الفاسدة وترجيح البينات. وبينة الرجوع عن الوصية أولى من بينة كونه موصياً مصراً إلى الوفاة. أبو السعود وحامدية. قوله: (لمدعي البطلان) لأنه منكر للعقد. قوله: (لمدعي الصحة) مفاده: أن البينة بينة الفساد فيوافق ما قبله. قوله: (إلا في مسألة الإقالة) كما لو ادعى المشتري أنه باع المبيع من البائع بأقل من الثمن قبل النقد وادعى البائع الإقالة فالقول للمشتري مع أنه يدعي فساد العقد، ولو كان على القلب تحالفا. أشباه.

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (إلا في مسألة الإقالة) تقدم ما يتعلق بهذه المسألة وتوجيهها في باب الإقالة قبيل المرابحة والتولية فانظره فإنه نافع.

(2) قال الرافعي: قوله: (وإن برهنا وقتا واحداً فبينة الورثة أولى) اتحاد الوقت ليس شرطاً في تقديم بينة الورثة، بل كذلك الحكم إذا لم يوقتا أو وقت أحدهما أو وقتا وقتين مختلفين، وفي «نور العين» من أحكام المرضى: مات فقالت أبانني في مرض موته وأنا في العدة ولي إرثه، وقالت الورثة: أبانك في صحته قبل قولها، إلا أن تبرهن أنه في صحته اهـ. وعلل في «البحر» أن القول لها بأنهم يدعون عليها الحرمان بالطلاق في الصحة وهي تنكر، فيكون القول لها، كما لو قالت: طلقني وهو نائم، وقالوا: في اليقظة كان القول لها.

(3) قال الرافعي: قوله: (فتقديم ذات الكره صحيح الأكثر) في السندي قبيل باب المرابحة: وإن اختلفا في الطوع والكره فالقول لمدعي الطوع، وإن أقاما البينة فبينة مدعي الإكراه أولى، وبه يفتى كما في «منية المفتي» اهـ.

وفي الملتقط: اختلفا في البيع والرهن فالبيع أولى. اختلفا في البتات والوفاء[1] فالوفاء أولى استحساناً شهادة قاصرة فيتمها غيرهم تقبل كأن شهدا بالدار بلا ذكر أنها في يد الخصم فشهد به آخران أو شهدا بالملك بالمحدود وآخران بالحدود، أو شهدا على الاسم والنسب ولم يعرفا الرجل بعينه فشهد آخران أنه المسمى به. درر. شهد واحد فقال الباقون: نحن نشهد كشهادته لم تقبل حتى يتكلم كل شاهد بشهادته، وعليه الفتوى. شهادة النفي المتواتر مقبولة. الشهادة إذا بطلت في البعض بطلت في الكل[2]، إلا في عبدين مسلم ونصراني فشهد نصرانيان عليهما بالعتق قبلت في حق النصراني فقط. أشباه.

قوله: (وفي الملتقط) أنظر ما كتبناه قبيل الكفالة. قوله: (شهادة النفي المتواتر مقبولة) بخلاف غيره فلا يقبل سواء كان نفياً صورة أو معنى، وسواء أحاط به علم الشاهد أو لا كما مر في باب اليمين في البيع والشراء. نعم تقبل بينة النفي في الشروط كما قدمناه هناك.

وذكر في الهامش في النوادر عن الثاني: شهدا عليه بقول أو فعل يلزم عليه بذلك إجارة أو بيع أو كتابة أو طلاق أو عتاق أو قتل قصاص في مكان أو زمان وصفات[3] فبرهن المشهود عليه أنه لم يكن ثمة يومئذ لا تقبل. لكن قال في المحيط في الحادي والخمسين: إن تواتر عند الناس وعلم الكل عدم كونه في ذلك المكان والزمان لا تسمع الدعوى ويقضي بفراغ الذمة، لأنه يلزم تكذيب الثابت بالضرورة ما لم يدخله الشك[4] عدنا إلى الكلام الثاني وكذا كل بينة قامت على أن فلاناً لم يقل ولم يفعل ولم يقرّ. وذكر الناطفي: أمن الإمام أهل مدينة من دار الحرب فاختلطوا بمدينة أخرى[5] وقالوا: كنّا جميعاً فشهدا أنهم لم يكونوا وقت الأمان في تلك المدينة يقبلان إذا كانا من غيرهم.. بزازية. وذكر الإمام السرخسي أن الشرط وإن نفياً كقوله: إن لم أدخل لدار اليوم

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (اختلفا في البتات والوفاء) حرر المحشي هذه المسألة قبيل كتاب الكفالة.

(2) قال الرافعي: قول الشارح: (بطلت في الكل إلخ) البطلان في الكل قول محمد، وعند أبي يوسف يجوز أن تبطل في البعض وتبقى في البعض، كما نقله الحموي عن «الظهيرية»، وفي السندي: لكن المعتمد عدم الجواز كما يفيده إطلاقهم اهـ.

(3) قال الرافعي: قوله: (وصفات) الظاهر أنه تحريف عن وصفاه.

(4) قال الرافعي: قوله: (لأنه يلزم تكذيب الثابت بالضرورة ما لم يدخله الشك إلخ) عبارة «البزازية» والضروريات مما لا يدخله الشك عدنا إلى كلام الثاني اهـ.

(5) قال الرافعي: قوله: (فاختلطوا بمدينة أخرى إلخ) عبارة «الولوالجية»: ثم اختلط بهم أهل مدينة أخرى قالوا: كنا فيهم وقت الأمان اهـ.

قلت: وزاده محشيها خمسة أخرى معزية للبزازية.

٢ ـ بَابُ الاخْتِلَافِ فِي الشَّهَادَةِ مَبْنِيٌّ هَذَا الْبَابُ عَلَى أُصُولٍ مُقَرَّرَةٍ

منها: أن الشهادة على حقوق العباد لا تقبل بلا دعوى، بخلاف حقوقه تعالى.

فامرأته كذا فبرهنت على عدم الدخول اليوم يقبل. حلفه إن لم تأت صهرتي في الليلة ولم أكلمها فشهدا على عدم الإتيان والكلام يقبل لأن الغرض إثبات الجزاء، كما لو شهد اثنان أنه أسلم واستثنى وآخران بلا استثناء يقبل ويحكم بإسلامه. بزازية. **قوله: (خمسة أخرى) الأولى** قال لعبده: إن دخلت هذه الدار فأنت حرّ وقال نصراني: إن دخل هو هذه الدار فامرأته طالق فشهد نصرانيان على دخوله الدار: إن العبد مسلماً لا تقبل، وإن كافراً تقبل في حق وقوع الطلاق لا العتق: **الثانية** لو قال: إن استقرضت من فلان فعبده حر فشهد رجل وأبو العبد أنه استقرض من فلان والحالف ينكر يقبل في حق المال لا في حق عتق لأن فيها شهادة الأب للابن. **الثالثة** لو قال: إن شربت الخمر فعبده حر فشهد رجل وامرأتان على تحققه يقبل في حق العتق لا في حق لزوم الحد. **الرابعة** لو قال: إن سرقت فعبده حر فشهد رجل وامرأتان عليه بها يقبل في حق العتق لا في حق القطع. الكل من البزازية.

قلت: ثم رأيت مسألة أخرى فزدتها وهي **الخامسة**: لو قال لها: إن ذكرت طلاقك إن سميت طلاقك إن تكلمت به فعبده حر فشهد شاهد أنه طلقها اليوم والآخر على طلاقها أمس يقع الطلاق لا العتاق، وهي في البزازية أيضاً[1]. كذا في حاشية تنوير البصائر اهـ. وزاد البيري ما في خزانة الأكمل من اللقطة، وذلك: لقطة في يد مسلم وكافر فأقام صاحبها شاهدين كافرين عليها تسمع على ما في يد الكافر خاصة استحساناً، وما لو مات كافر فاقتسم ابناه تركته ثم أسلم أحدهما ثم شهد كافران على أبيه بدين قبلت في حصة الكافر خاصة اهـ.

بَابُ الاخْتِلَافِ فِي الشَّهَادَةِ[2]

قوله: (منها أن الشهادة إلخ) هذه عبارة الدرر. **قال محشيها الشرنبلالي**: ليس من هذا الباب[3] لأنه في الاختلاف في الشهادة لا في قبول الشهادة وعدمه اهـ مدني.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وهي في «البزازية» أيضاً) قال فيها: لأن شهادتهما اختلفت في الكلام اهـ. وهو محل تأمل.

(2) اختلاف الشهادة شامل لمخالفتها للدعوى ولاختلاف الشاهدين، واختلاف الطائفتين «بحر» لكن يخالفه ما يأتي عن «السعدية».

(3) قال الرافعي: قوله: (وليس من هذا الباب إلخ) قد يقال: إنها منه، فإذا كانت الدعوى في حقوقه تعالى ووقعت المخالفة بينها وبين الشهادة مخالفة كلية تقبل، ولا تضر هذه المخالفة لأن تقدم الدعوى في حقوقه تعالى ليس بشرط حتى تشترط الموافقة، وسينبه عليه، لكن بكيفية أخرى.

ومنها: أن الشهادة بأكثر من المدعى باطلة، بخلاف الأقل للاتفاق فيه. ومنها: أن الملك المطلق أزيد من المقيد لثبوته من الأصل والملك بالسبب مقتصر على وقت السبب. ومنها: موافقة الشهادتين لفظاً ومعنى، وموافقة الشهادة الدعوى معنى فقط، وسيتضح.

(تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبولها) لتوقفها على مطالبتهم ولو بالتوكيل، بخلاف حقوق الله تعالى لوجوب إقامتها على كل أحد، فكل أحد خصم فكأن الدعوى موجودة **(فإذا وافقتها)** أي: وافقت الشهادة الدعوى **(قبلت وإلا)**

قوله: (بأكثر من المدعى) ومنه إذا ادعى ملكاً مطلقاً أو بالنتاج فشهدوا في الأول بالملك بسبب وفي الثاني بالملك المطلق قبلتا، لأن الملك بسبب أقل من المطلق لأنه يفيد الأولوية، بخلاف بسبب فإنه يفيد الحدوث والمطلق أقل من النتاج، لأن المطلق يفيد الأولوية على الاحتمال والنتاج على اليقين وفي قلبه، وهو دعوى المطلق فشهدوا بالنتاج لا تقبل، ومن الأكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل إلا إذا كان السبب الإرث. باقاني. وتمامه هناك. كذا في الهامش. **قوله: (باطلة)** أي: إلا إذا وفق وبيانه في البحر. **قوله: (موافقة الشهادتين إلخ)** كما لو ادعى داراً في يد رجل أنها له منذ سنة فشهد الشهود أنها منذ عشرين سنة بطلت، فلو ادعى المدعي أنها منذ عشرين سنة والشهود شهدوا أنها منذ سنة جازت شهادتهم. خانية. وفي الأنقروي عن القاعدية في الشهادات: الشهادة لو خالفت الدعوى بزيادة لا يحتاج إلى إثباتها أو نقصان كذلك فإن ذلك لا يمنع قبولها اهـ حامدية.

وفي الخيرية عن الفصولين: ولا يكلف الشاهد إلى بيان لون الدابة، لأنه سئل عما لا يكلف إلى بيانه فاستوى ذكره وتركه، ويخرج منه مسائل كثيرة اهـ حامدية.

رجل ادعى في يد رجل متاعاً أو داراً أنها له وأقام البينة وقضى القاضي له فلم يقبضه حتى أقام الذي في يده البينة أن المدعي أقر عند غير القاضي أنه لا حق له فيه، قال: إن شهدوا أنه أقر بذلك قبل القضاء بطل القضاء. وإن شهدوا أنه أقر به بعد القضاء لا يبطل القضاء لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً، ولو عاين القاضي إقراره بذلك كان الحكم على هذا الوجه خانية من تكذيب الشهود، كذا في الهامش. **قوله: (فإذا وافقتها قبلت)** صدّر الباب بهذه المسألة مع أنها ليست من الاختلاف في الشهادة لكونها كالدليل لوجوب اتفاق الشاهدين؛ ألا ترى أنهما لو اختلفا لزم اختلاف الدعوى والشهادة كما لا يخفى على من له أدنى بصيرة. سعدية، وبه ظهر وجه جعل ذلك من الأصول. ثم إن التفريع على ما قبله مشعر بما قاله في البحر: من أن اشتراط المطابقة بين الدعوى والشهادة إنما هو فيما كانت الدعوى شرطاً فيه، وتبعه في تنوير البصائر وهو ظاهر، لأن تقدم الدعوى إذا لم يكن شرطاً كان وجودها كعدمها فلا يضر عدم التوافق. ثم إن تفريعه على ما

توافقها (لا) تقبل وهذا أحد الأصول المتقدمة (فلو ادعى ملكاً مطلقاً فشهد به بسبب) كشراء أو إرث (قبلت) لكونها بالأقل مما ادعى فتطابقا معنى كما مر (وعكسه) بأن ادعى بسبب وشهدا بمطلق (لا) تقبل لكونها بالأكثر كما مر.

قلت: وهذا في غير دعوى إرث ونتاج وشراء من مجهول كما بسطه الكمال. واستثنى في البحر ثلاثة وعشرين (وكذا تجب مطابقة الشهادتين لفظاً ومعنى) إلا في اثنتين وأربعين مسألة مبسوطة في البحر، وزاد ابن المصنف في حاشيته على الأشباه ثلاثة أخر تركتها خشية التطويل (بطريق الوضع) لا التضمن، ....

قبله لا ينافي كونه أصلاً لشيء آخر وهو الاختلاف في الشهادة، فافهم. وبما تقرر اندفع ما في الشرنبلالية من أن قوله منها: أن الشهادة على حقوق العباد إلخ ليس من هذا الباب. لأنه في الاختلاف في الشهادة لا في قبولها وعدمه، فتدبر. قوله: (وهذا أحد الأصول إلخ) نبه عليه دون ما قبله لدفع توهم عدم أصلية سبب كونه مفرعاً على ما قبله فإنه لا تنافي كما قدمناه وإلا فما قبله أصل أيضاً كما علمته، فتنبه. قوله: (أو إرث) تبع فيه الكنز، والمشهور أنه كدعوى الملك المطلق كما في البحر عن الفتح وسيذكره الشارح، فلو أسقطه هنا لكان أولى ح. قوله: (قبلت) فيه قيد في البحر عن الخلاصة[1]. قوله: (بأن ادعى بسبب) أي: ادعى العين لا الدين. بحر. قوله: (بالأكثر) وفيه لا تقبل إلا إذا وفق. بحر. قوله: (في غير دعوى إرث) لأنه مساو للملك المطلق كما قدمناه. قوله: (ونتاج) لأن المطلق أقل منه لأنه يفيد الأولوية على الاحتمال والنتاج على اليقين، وذكر في الهامش أن الشهادة على النتاج بأن يشهدا أن هذا كان يتبع هذه الناقة، ولا يشترط أداء الشهادة على الولادة. فتاوى الهندية في باب تحمل الشهادة عن التاترخانية عن الينابيع اهـ. قوله: (وشراء من مجهول) لأن الظاهر أنه مساو للملك المطلق، وكذا في غير دعوى قرض. بحر. ومثله شراء مع دعوى قبض، فإذا ادعاهما فشهدا على المطلق تقبل. بحر عن الخلاصة.

وحكى في الفتح عن العمادية خلافاً[2]. قوله: (ثلاثة وعشرين) لكن ذكر في البحر بعدها أنه في الحقيقة لا استثناء، فراجعه. قوله: (خشية التطويل) قدمها الشارح في كتاب الوقف. قوله: (بطريق الوضع) أي: بمعناه المطابقي، وهذا جعله الزيلعي تفسيراً للموافقة[3] في اللفظ حيث

---

(1) قال الرافعي: قوله: (فيه قيد في «البحر» عن «الخلاصة») وذلك بأن يسأل القاضي مدعي الملك أبهذا السبب الذي شهدوا به تدعي أم بسبب آخر، فإن قال: بهذا السبب يقضي بالملك به، وإلا لا يقضي له بشيء أصلاً.

(2) قال الرافعي: قوله: (وحكى في «الفتح» عن «العمادية» خلافاً) في الأنقروي: ادّعى الشراء مع القبض وشهدا بالملك المطلق فيه اختلاف المشايخ، والأكثر على عدم القبول اهـ.

(3) قال الرافعي: قوله: (وهذا جعله الزيلعي تفسيراً للموافقة) وفيه أن الزيلعي إنما فسر الموافقة بالمطابقة إلخ، ولم يجعل قوله: بطريق إلخ تفسيراً لها، والظاهر أن الأنسب للزيلعي أن يقول: والمراد =

واكتفيا بالموافقة المعنوية، وبه قالت الأئمة الثلاثة (ولو شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج قبلت) لاتحاد معناهما (كـذا الهبة والعطية ونحوهما، ولو شهد أحدهما بألف والآخر بألفين أو مائة ومائتين أو طلقة وطلقتين أو ثلاث ردّت) لاختلاف المعنيين (كما لو ادعى غصباً أو قتلاً فشهد أحدهما به والآخر بالإقرار به) لم تقبل، ولو شهدا بالإقرار به قبلت (وكذا) لا تقبل (في كل قول جمع مع فعل) بأن ادعى ألفاً

قال: والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن، حتى لو ادعى رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر بأربعة وآخر بخمسة لم تقبل عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى لعدم الموافقة لفظاً، وعندهما: يقضي بأربعة اهـ.

والذي يظهر من هذا أن الإمام اعتبر توافق اللفظين على معنى واحد بطريق الوضع، وأن الإمامين اكتفيا بالموافقة المعنوية ولو بالتضمن ولم يشترطا المعنى الموضوع له كل من اللفظين، وليس المراد أن الإمام اشترط التوافق في اللفظ والتوافق في المعنى الوضعي، وإلا أشكل ما فرعه عليه من شهادة أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج، وكذا الهبة والعطية فإن اللفظين فيهما مختلفان ولكنهما توافقا في معنى واحد، أفاده كل منهما بطريق الوضع. ويدل على هذا التوفيق أيضاً ما نقله الزيلعي عن النهاية حيث قال: إن كانت المخالفة بينهما في اللفظ دون المعنى. تقبل شهادته وذلك نحو أن يشهد أحدهما على الهبة والآخر علي العطية، وهذا لأن اللفظ ليس بمقصود في الشهادة بل المقصود ما تضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علماً عليه، فإذا وجدت الموافقة في ذلك لا تضرّ المخالفة فيما سواها. قال: هكذا ذكره ولم يحك فيه خلافاً اهـ. وهذا بخلاف الفرع السابق الذي نقلناه عنه، فإن الخمسة معناها المطابقي لا يدل على الأربعة بل تتضمنها، ولذا لم يقبلها الإمام وقبلها صاحباه لاكتفائهما بالتضمن.

والحاصل: أنه لا يشترط عند الإمام الاتفاق على لفظ بعينه، بل إما بعينه أو بمرادفه؛ وقول صاحب النهاية لأن اللفظ ليس بمقصود مراده به أن التوافق على لفظ بعينه ليس بمقصود لا مطلقاً كما ظن، فافهم. قوله: (بالموافقة المعنوية) فإن قيل: يشكل على قول الكل ما لو شهد أحدهما أنه قال لها: أنت خلية والآخر أنت برية لا يقضي ببينونة أصلاً مع إفادتهما معناها، أجيب بمنع الترادف بل هما متباينان لمعنيين يلزمهما لازم واحد وهو وقوع البينونة، وتمامه في الفتح. قوله: (لاتحاد معناهما) أي: مطابقة فصار كأن اللفظ متحد أيضاً، فافهم. قوله: (ولو شهدا بالإقرار) مقتضاه: أنه لا يضر الاختلاف بين الدعوى والشهادة في قول مع فعل، بخلاف اختلاف الشاهدين

= بالاتفاق في اللفظ والمعنى تطابق إلخ وإلا لم يبق لذكر معنى في قول «الكنز»، ويعتبر اتفاق الشاهدين لفظاً ومعنى فائدة، كما أنه كذلك في عبارة المصنف.

فشهد أحدهما بالدفع والآخر بالإقرار بها لا تسمع للجمع بين قول وفعل. قنية. إلا إذا اتحدا لفظاً كشهادة أحدهما ببيع أو قرض أو طلاق أو عتاق والآخر بالإقرار به فتقبل لاتحاد صيغة الإنشاء والإقرار، فإنه يقول في الإنشاء: بعت واقترضت وفي الإقرار كنت بعت واقترضت فلم يمنع القبول، بخلاف شهادة أحدهما بقتله عمداً بسيف والآخر به بسكين لم تقبل لعدم تكرار الفعل بتكرر الآلة. محيط وشرنبلالية. **(وتقبل على ألف في)** شهادة أحدهما **(بألف\و)** الآخر **(بألف ومائة إن ادعى)** المدعي **(الأكثر)** لا الأقل، إلا أن يوفق باستيفاء أو إبراء. ابن كمال. وهذا في الدين **(وفي العين تقبل على الواحد كما لو شهد واحد أن هذين العبدين له وآخر أن هذا له قبلت على)** العبد **(الواحد)** الذي اتفقا عليه اتفاقاً. درر ....

في ذلك. **قوله: (للجمع بين قول وفعل)** بخلاف ما إذا شهد أحدهما بألف للمدعي[1] على المدعى عليه وشهد الآخر على إقرار المدعى عليه بألف فإنه يقبل فإنه ليس بجمع بين قول وفعل. منلا علي التركماني عن الحاوي الزاهدي. **قوله: (إلا إذا اتحدا)** الظاهر: أن الاستثناء منقطع لأنه لا فعل مع قول في هذه الصور بل قولان، لأن الإنشاء والإقرار به كل منهما قول كما سيذكره. **قوله: (بألف ومائة)** بخلاف العشر وخمسة عشر حيث لا يقبل لأنه مركب كالألفين إذ ليس بينهما حرف العطف ذكره الشارح. بحر. **قوله: (إلا أن يوفق)** كأن يقول: كان لي عليه كما شهدا إلا أنه أوفاني كذا بغير علمه. وفي البحر: ولا يحتاج هنا إلى إثبات التوفيق بالبينة لأنه يتم به، بخلاف ما لو ادعى الملك بالشراء فشهدا بالهبة[2] فإنه يحتاج لإثباته بالبينة. سائحاني. **قوله: (وهذا في الدين)** أي: اشتراط الموافقة بين الشهادتين لفظاً. ....

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (بخلاف ما إذا شهد أحدهما بألف للمدعي إلخ)** في هذا المثال لم يوجد توافق الشاهدين على معنى واحد بطريق المطابقة، فهو خارج عن الأصل المار تأمل وانظر «الحاوي»، ثم رأيته في «الأشباه» ذكر أن هذه المسألة مما استثنى من قولهم: لا بد من التطابق لفظاً ومعنى، حيث عد من ذلك مسائل وقال: الخامسة شهد أن له عليه ألفاً والآخر أنه أقر له بألف تقبل، كما في العمدة اهـ، وعزى في «نور العين» عدم القبول «للجامع الكبير»، والقبول لأبي يوسف، كما في فتاوى رشيد الدين وهو المختار كما فيها.

(2) **قال الرافعي: قوله: (بخلاف ما لو ادعى الملك بالشراء فشهدا بالهبة إلخ)** فيما قاله تأمل، فإن في كل من المسألتين لا يحتاج لإثبات نفس التوفيق، بل تقبل بينة الهبة بعد دعوى الشراء إذا وفق بأن قال: جحدني البيع فوهب المبيع لي، بل إمكانه يكفي على ما تقدم، وعبارة «البحر» ولا يحتاج إلى إثبات التوفيق بالبينة، لأن الشيء إنما يحتاج إلى إثباته بها إذا كان سبباً لا يتم به ولا ينفرد بإثباته، كما إذا ادّعى الملك بالشراء فشهدا بالهبة، فإنه يحتاج إلى إثباته بالبينة، أما الإبراء فيتم به وحده، ولو أقر بالاستيفاء يصح إقراره ولا يحتاج إلى إثباته اهـ. أي: لأنه إقرار على نفسه.

(وفي العقد لا) تقبل (مطلقاً) سواء كان المدعى أقل المالين أو أكثرهما. عزمي زاده.

ثم فرّع على هذا الأصل بقوله: (فلو شهد واحد بشراء عبد أو كتابته على ألف وآخر بألف وخمسمائة ردت) لأن المقصود إثبات العقد، وهو يختلف باختلاف البدل - فلم يتم العدد على كل واحد (ومثله العتق بمال والصلح عن قود والرهن والخلع

قوله: (سواء كان المدعى إلخ) وسواء كان المدعي البائع أو المشتري. درر. قوله: (أو كتابته على ألف) شامل لما إذا ادعاها العبد وأنكر المولى وهو ظاهر، لأن مقصوده هو العقد. ولما إذا كان المدعي هو المولى كما زاده صاحب الهداية على الجامع. قال في الفتح: لأن دعوى السيد المال على عبده لا تصح. إذا لا دين له على عبده إلا بواسطة دعوى الكتابة، فينصرف إنكار العبد إليه للعلم بأنه لا يتصور له عليه دين إلا به، فالشهادة ليست إلا لإثباتها اهـ.

وفي البحر والتبيين: وقيل لا تفيد بينة المولى لأن العقد غير لازم في حق العبد لتمكينه من الفسخ بالتعجيز اهـ. وجزم بهذا القيل العيني، وهو موافق لما يفهم من عبارة الجامع. قوله: (وهو يختلف باختلاف البدل) أشار إلى أنهما لو شهدا بالشراء ولم يبينا الثمن لم تقبل. وتمامه في البحر. وقال الخير الرملي في حاشيته عليه: المفهوم من كلامهم في هذا الموضع وغيره أنه فيما يحتاج فيه إلى القضاء بالثمن لا بد من ذكره وذكر قدره وصفته، وما لا يحتاج فيه إلى القضاء به لا حاجة إلى ذكره.

تنبيه: في المبسوط؛ وإذا ادعى شراء دار في يد رجل وشهد شاهدان ولم يسميا الثمن والبائع ينكر ذلك فشهادتهما باطلة، لأن الدعوى إن كانت بصفة الشهادة فهي فاسدة، وإن كانت مع تسمية الثمن فالشهود لم يشهدوا بما ادعاه المدعي. ثم القاضي يحتاج إلى القضاء بالعقد، ويتعذر عليه القضاء بالعقد إذا لم يكن الثمن مسمى، لأنه كما لا يصح البيع ابتداء بدون تسمية الثمن فكذلك لا يظهر القضاء بدون تسمية الثمن ولا يمكنه أن يقضي بالثمن حين لم يشهد به الشهود؛ ثم قال: فإن شهدا على إقرار البائع بالبيع ولم يسميا ثمناً ولم يشهدا بقبض الثمن فالشهادة باطلة، لأن حاجة القاضي إلى القضاء بالعقد ولا يتمكن من ذلك إذا لم يكن الثمن مسمى، وإن قالا: أقر عندنا أنه باعها منه واستوفى الثمن ولم يسميا الثمن فهو جائز، لأن الحاجة إلى القضاء بالملك للمدعي دون القضاء بالعقد فقد انتهى حكم العقد باستيفاء الثمن. قوله: (على كل واحد) لفظ كل مما لا حاجة إليه. سعدية. قوله: (والرهن) قال في البحر: وظاهر الهداية أن الرهن إنما هو[1] من قبيل دعوى الدين.

وتعقبه في العناية تبعاً للنهاية: بأن عقد الرهن بألف غيره بألف وخمسمائة، فيجب أن لا

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وظاهر «الهداية» أن الرهن إنما هو إلخ) فيما قاله هنا تأمل يحتاج للنظر لما في «الهداية» و«العناية».

إن ادعى العبد والقاتل والراهن والمرأة) لفّ ونشر مرتب، إذ مقصودهم إثبات العقد كما مر (وإن ادعى الآخر) كالمولى مثلاً (فكدعوى الدين) إذ مقصودهم المال فتقبل على الأقل إن ادعى الأكثر كما مر.

(والإجارة كالبيع) لو (في أول المدة) للحاجة لإثبات العقد (وكالدين بعدها) لو المدعي المؤجر، ولو المستأجر فدعوى عقد اتفاقاً (وصح النكاح) بالأقل أي: (بألف) مطلقاً (استحساناً) خلافاً لهما (ولزم) في صحة الشهادة ....

تقبل البينة وإن كان المدعي هو المرتهن لأنه كذب أحد شاهديه. وأجيب بأن العقد غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متى شاء فكان في حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين، لأن الرهن لا يكون إلا بدين فتقبل البينة كما في سائر الديون ويثبت الرهن بالألف ضمناً وتبعاً اهـ. وفي الحواشي اليعقوبية ذكر الراهن. **قوله**: (إن ادعى العبد) تقييد لمسألة العتق بمال فقط إن أجرى قول المصنف أو كتابته على عمومه موافقة لما قاله صاحب الهداية أولهما إن خص بما إذا ادعى الكتابة العبد موافقة لما في الجامع ولما في العيني. **قوله**: (فكدعوى الدين) أي: الدين المنفرد عن العقد. سعدية. **قوله**: (إذ مقصودهم المال) لأنه ثبت العتق والعقد والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم تبق الدعوى إلا في الدين. فتح زاد في الإيضاح: وفي الرهن إن كان المدعي هو الراهن لا تقبل لأنه لاحظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى، وإن كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين اهـ. وفي اليعقوبية: وذكر الراهن في اليمين[1] ليس على ما ينبغي. **قوله**: (على الأقل) أي: اتفاقاً إن شهد شاهد الأكثر بعطف مثل ألف وخمسمائة، وإن كان بدونه كالألف والألفين فكذلك عندهما، وعنده: لا يقضي بشيء. فتح. **قوله**: (العقد) وهو يختلف باختلاف البدل فلا تثبت الإجارة فتح. **قوله**: (وكالدين) إذ ليس المقصود بعد المدة إلا الأجر. فتح. **قوله**: (بعدها) استوفى المنفعة أو لا بعد أن تسلم. فتح. **قوله**: (عقد اتفاقاً) لأنه معترف بمال الإجارة فيقضي عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين أو اختلافهما فيه، ولا يثبت العقد للاختلاف. فتح. **قوله**: (مطلقاً) سواء ادعى الزوج أو الزوجة الأقل أو الأكثر، هكذا صححه في الهداية. وذكر في الفتح أنه مخالف للرواية. وتمامه في الشرنبلالية. **قوله**: (خلافاً لهما) حيث قالا: هي باطلة أيضاً لأنه اختلاف في العقد وهو القياس. ولأبي حنيفة أن المال في النكاح تابع والأصل فيه الحل، والملك والازدواج، ولا اختلاف فيما هو الأصل فيثبت، فإذا وقع الاختلاف في التبع يقضي بالأقل لاتفاقهما عليه. **قوله**: (في صحة الشهادة) قال في البحر بعد كلام: وبه ظهر أن الجر شرط صحة الدعوى، لا كما يتوهم من كلام المصنف من أنه شرط القضاء بالبينة فقط اهـ. أي:

(1) قال الرافعي: قوله: (وذكر الراهن في اليمين إلخ) لعله في البين، وانظر «اليعقوبية» فإن ما فيها يوافق ما في «الإيضاح» ونفي الحظ محل نظر.

(الجر بشهادة إرث) بأن يقولا مات وتركه ميراثاً للمدعي **(إلا أن يشهدا بملكه)** عند موته **(أو يده أو يد من يقوم مقامه)** كمستأجر ومستعير وغاصب ومودع فيغني ذلك عن الجر، لأن الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان، فإذا ثبت الملك

يشترط أن يقول في الدعوى مات وتركه ميراثاً كما يشترط في الشهادة، وإنما لم يذكره لأن الكلام في الشهادة. **قوله: (الجر)** أي: النقل: أي: أن يشهدا بالانتقال، وذلك إما نصاً كما صوّره الشارح، أو بما يقوم مقامه من إثبات الملك للميت عند الموت[1]، أو إثبات يده أو يد نائبه عند الموت أيضاً، وهو ما أشار إليه بقوله: «إلا أن يشهدا إلخ» وهذا عندهما خلافاً لأبي يوسف فإنه لا يشترط شيئاً، ويظهر الخلاف فيما إذا شهدا أنه كان ملك الميت بلا زيادة وطولبا بالفرق بين هذا وبين ما يأتي من أنه لو شهد الحيّ أنه كان في ملكه تقبل.

والفرق ما في الفتح إلى آخر ما يأتي. قال مجرد هذه الحواشي: وكتب المؤلف على قوله: «الجر» هامشة وعليها أثر الضرب، لكني لم أتحققه فأحببت ذكرها وإن كانت مفهومة مما قبلها، فقال: **قوله**: «الجر» هذا عندهما لأن ملك الوارث متجدد إلا أنه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة، وكذا يده أو يد من يقوم مقامه. وأبو يوسف يقول: إن ملك الوارث ملك المورّث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة للوارث، فالجر أن يقول الشاهد: مات وتركها ميراثاً أو ما يقوم مقامه من إثبات ملكه وقت الموت أو يده أو يد من يقوم مقامه، فإذا أثبت الوارث أن العين كانت لمورّثه لا يقضي له وهو محل الاختلاف، بخلاف الحيّ إذا أثبت أن العين كانت له فإنه يقضي له بها اعتباراً للاستصحاب إذ الأصل البقاء انتهى. **قوله**: **(إرث)** بأن ادعى الوارث عيناً في يد إنسان أنها ميراث أبيه وأقام شاهدين فشهدا أن هذه كانت لأبيه لا يقضي له حتى يجرا الميراث بأن يقولا إلخ. **قوله: (بملكه)** أي: المورث. **قوله: (عند موته)** لا بد من هذا القيد كما علمت، وكان ينبغي ذكره بعد الثلاثة. **قوله: (لأن الأيدي)** تعليل للاستغناء بالشهادة على يد الميت عن الجر، وبيان ذلك: أنه إذا ثبت يده عند الموت، فإن كانت يد ملك فظاهر لأنه أثبت ملكه، أو أن الانتقال إلى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة كما لو شهدا بالملك، وإن كانت يد أمانة فكذلك الحكم لأن الأيدي في الأمانات[2] عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان إذا مات مجهلاً لتركه الحفظ والمضمون يملكه الضامن على ما عرف، فيكون إثبات اليد في ذلك الوقت إثباتاً للملك، وترك تعليل الاستغناء بالشهادة على يد من يقوم مقامه لظهوره لأن إثبات يد من يقوم مقامه إثبات يده فيغني إثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجر فاكتفى به عنه

---

(1) قال الرافعي: قوله: (من إثبات الملك للميت عند الموت) لأن ما كان له عند موته يكون لوارثه، فحينئذ يكون في معنى الجر كما في محاضر «الفضولين».

(2) قال الرافعي: قوله: (لأن الأيدي في الأمانات إلخ) ليس هذا في كل أمانة بل في البعض دون البعض، كما يأتي في الوديعة، فالتعليل، المذكور غير عام.

ثبت الجر ضرورة (ولا بد مع الجر) المذكور (من بيان سبب الوراثة و) بيان (أنه أخوه لأبيه وأمه أو لأحدهما) ونحو ذلك. ظهيرية. وبقي شرط ثالث[1] (و) هو (قول الشاهد: لا وارث) أو لا أعلم (له) وارثاً (غيره) ورابع، وهو أن يدرك الشاهد الميت وإلا فباطلة ....

اهـ. قوله: (ولا بد مع الجر من بيان سبب الوراثة إلخ) قال في الفتح: وينسبا الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحد ويذكرا أنه وارثه، وهل يشترط قوله: ووارثه في الأب والأم والولد؟ قيل يشترط والفتوى على عدمه، وكذا كل من لا يحجب بحال، وفي الشهادة بأنه ابن ابن الميت أو بنت ابنه لا بد منه، وفي أنه مولاه لا بد من بيان أنه أعتقه اهـ. ولم يذكر هذا الشرط متناً ولا شرحاً، والظاهر: أن الجر مع الشرط الثالث يغني عنه، فليتأمل، وانظر ما مر قبيل الشهادات. قوله: (سبب الوراثة) وهو أنه أخوه مثلاً. قوله: (لأبيه وأمه) ذكر في البحر عن البزازية أنهم لو شهدوا أنه ابنه ولم يقولوا: ووارثه الأصح أنه يكفي، كما لو شهدوا أنه أبوه أو أمه، فإن ادعى أنه عم الميت يشترط لصحة الدعوى أن يفسر فيقول عمه لأبيه وأمه أو لأبيه أو لأمه، ويشترط أيضاً أن يقول ووارثه، وإذا أقام البينة لا بد للشهود من نسبة الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحد، وكذلك هذا في الأخ والجد اهـ ملخصاً. قوله: (وارثاً غيره) قال في فتح القدير: وإذا شهدوا أنه كان لمورثه تركه ميراثاً له ولم يقولوا: لا نعلم له وارثاً سواه، فإن كان ممن يرث في حال دون حال لا يقضي لاحتمال عدم استحقاقه، أو يرث على كل حال يحتاط القاضي وينتظر مدة هل له وارث آخر أو لا . . . . ـ قال مجردها: هذا بياض[2] تركه المؤلف ونقط عليه لتوقفه في فهمه من نسخة الفتح الحاضرة عنده فلتراجع نسخة أخرى ـ يقضي بكله، وإن كان نصيبه يختلف في الأحوال يقضي بالأقل، فيقضي في الزوج بالربع والزوجة بالثمن إلا أن يقولوا: لا نعلم له وارثاً غيره. وقال محمد وهو رواية عن أبي حنيفة: يقضي بالأكثر، والظاهر الأول[3]، ويأخذ القاضي كفيلاً عندهما؛ ولو قالوا: لا نعلم له وارثاً بهذا الموضع كفى عند أبي حنيفة خلافاً لهما اهـ. وتقدمت المسألة قبيل كتاب الشهادات، وذكرها في السادس والخمسين من شرح أدب القضاء منوعة ثلاثة أنواع فارجع إليه، ولخصها هناك صاحب البحر بما فيه خفاء. وقد علم بما مر أن الوارث إن كان ممن قد يحجب حجب حرمان فذكر هذا الشرط لأصل القضاء، وإن كان ممن قد

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (وبقي شرط ثالث) وكذا يشترط هذا الشرط في الدعوى، ففي «نور العين» من الفصل السادس: طلب إرثه فادعى أنه عم الميت يشترط لصحته أن يبين أنه عم لأبويه أو لأبيه أو لأمه، ويشترط قوله: وهو وارثه لا وارث له غيره.

(2) قال الرافعي: قوله: (هل له وارث أو لا؟ قال مجردها: هنا بياض إلخ) الذي في «الفتح»: ثم يقضي بكله إلخ.

(3) قال الرافعي: قوله: (والظاهر الأول) الذي نقله عبد الحليم في شتى القضاء من حاشية «الدرر» عن «المبسوط» أن الأصح قولهما أي: محمد والإمام.

لعدم معاينة السبب. ذكرهما البزازي. **(وذكر اسم الميت ليس بشرط، وإن شهدا بيد حيّ)** سواء قالا: (مذ شهر) أو لا (ردت) لقيامها بمجهول لتنوع يد الحي **(بخلاف ما لو شهدا أنها كانت ملكه أو أقر المدعى عليه بذلك أو شهد شاهدان أنه أقر أنه كان في يد المدعي)** دفع للمدعي لمعلومية الإقرار، وجهالة المقرّ به لا تبطل الإقرار، والأصل أن الشهادة بالملك المنقضي مقبولة لا باليد المنقضية لتنوع اليد لا الملك. بزازية. ولو أقر أنه كان بيد المدعي بغير حق هل يكون إقراراً له باليد؟ المفتى به: نعم. جامع الفصولين.

فروع: شهدا بألف وقال أحدهما: قضى خمسمائة قبلت بألف إلا إذا شهد معه آخر، ولا يشهد من علمه حتى يقرّ المدعي به.

يحجب حجب نقصان فذكره شرط للقضاء بالأكثر، وإن كان وارثاً دائماً ولا ينقص بغيره فذكره شرط للقضاء حالاً بدون تلوم، فتأمل. قوله: **(لعدم معاينة السبب)** ولأن الشهادة على الملك لا تجوز بالتسامع. فتح. قوله: **(البزازي)** وكذا في الفتح. قوله: **(وذكر اسم الميت)** حتى لو شهدا أنه جده أو أبيه ووارثه ولم يسم الميت تقبل. بزازية. قوله: **(ردت)** وعن أبي يوسف تقبل. قوله: **(يد الحي)** لاحتمال أنها كانت ملكاً له أو وديعة مثلاً، وإذا كانت وديعة مثلاً تكون باقية على حالها، أما الميت فتنقلب ملكاً له إذا مات مجهلاً لها كما تقدم. قوله: **(أنها كانت ملكه)** أي: لو شهد المدعي ملك عين في يد رجل أنها كانت ملك المدعي يقضي بها وإن لم يشهدا أنها ملكه إلى الآن. والفرق بين هذه وبين ما مر من أنها كانت ملك الميت فإنها تردّ ما لم يشهدا بأنها ملكه عند الموت ما ذكره في الفتح من أنهما إذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فإنما يثبت بالاستصحاب والثابت به حجة لإبقاء الثابت لا لإثبات ما لم يكن وهو المحتاج إليه في الوارث، بخلاف مدعي العين فإن الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدده. قوله: **(بذلك)** أي: بيد الحي أو ملكه ومن اقتصر على الثاني فقد قصر. قوله: **(دفع للمدعي)** الأولى أن يقول: فإنه يدفع للمدعي كما يظهر بالتأمل.

وفي البحر: وإنما قال دفع إليه دون أن يقول: إنه إقرار بالملك، لأنه لو برهن على أنه ملكه فإنه يقبل اهـ: أي: في مسألة الإقرار باليد أو الشهادة عليه لأنهما المذكورتان في الكنز دون مسألة الشهادة بالملك. قوله: **(لتنوع اليد)** لاحتمال أنه كان له فاشتراه منه. قوله: **(بألف)** أي: ولا يسمع قوله: قضاه. قوله: **(إلا إذا شهد معه آخر)** لكمال النصاب. قوله: **(ولا يشهد)** أي: بالألف كلها. قوله: **(من علمه)** أي: قضاء خمسمائة، كذا في الهامش. قوله: **(حتى يقر المدعي به)** لئلا يكون إعانة على الظلم، والمراد من ينبغي في عبارة الكنز معنى يجب فلا تحل له الشهادة[1].

---

(1) قال الرافعي: قوله: **(فلا تحل له الشهادة)** مقتضاه تفسيقه بهذه الشهادة وعدم قبولها لارتكابه ما لا =

شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع خلافاً لهما، واستظهر صدر الشريعة قولهما، وهذا إذا لم يذكر المدعي لونها. ذكره الزيلعي.

ادعى المديون الإيصال متفرقاً وشهدا به مطلقاً أو جملة لم تقبل. وهبانية.

شهدا في دين الحيّ بأنه كان عليه كذا تقبل، إلا إذا سألهما الخصم عن بقائه الآن فقالا: لا ندري وفي دين الميت لا تقبل مطلقاً حتى يقولا: مات وهو عليه. بحر.

قلت: ويخالفه ما في معين الحكام من ثبوته بمجرد بيان سببه وإن لم يقولا: مات وعليه دين اهـ. والاحتياط لا يخفى.

ادعى ملكاً في الماضي وشهدا به في الحال لم تقبل في الأصح، كما لو شهدا بالماضي أيضاً. جامع الفصولين.

بحر. **قوله**: (**إذا لم يذكر المدعي لونها**) **قال في الفتح**: ولو عين لونها[1] فقال أحدهما سوداء لم يقطع إجماعاً، اهـ. **قوله**: (**مطلقاً أو جملة**) **أما الأول**: فلأن الإطلاق أزيد[2] من المقيد، وأما **الثاني**: فلاختلاف الشهادة والدعوى للمباينة بين المتفرّق والجملة. **قوله**: (**بحر**) أوضحه عند قول الكنز وبعكسه لا، فراجعه. **قوله**: (**قلت**) القول لصاحب المنح. **قوله**: (**بيان سببه**) قوّاه المقدسي.

قلت: وكذا في نور العين وقال: إن الأول ضعيف وإن الاحتياط في أمر الميت يكفي فيه تحليف خصمه مع وجود بينة، وإن في هذا الاحتياط ترك احتياط آخر في وفاء دينه الذي يحجبه عن الجنة وتضييع حقوق أناس كثيرين لا يجدون من يشهد لهم على هذا الوجه ح. **قوله**: (**ملكاً في الماضي**) بأن قال: كان ملكي وشهدا أنه له. **قوله**: (**كما لو شهدا بالماضي أيضاً**) أي: لا تقبل

= يحل، وهذا ما نقله السندي عن الطحاوي نقلاً عن بعض أصحابنا وزفر، وحجة القبول أنه صادق فيما أخبر به من القرض متقدماً، ولا ينظر القاضي إلى اعتقاده إنما ينظر إلى أداء الشهادة اهـ. ولا يخفى قوّة وجه ما قاله زفر.

(1) **قال الرافعي**: **قوله**: (**قال في «الفتح»: ولو عين لونها إلخ**) عبارة الأصل: أما لو عين لونها كحمراء، فقال أحدهما سوداء لم يقطع إجماعاً اهـ.

(2) **قال الرافعي**: **قوله**: (**أما الأول فلأن الإطلاق أزيد إلخ**) عبارة شرح «الوهبانية» لأن الشهادة غير موافقة للدعوى، فإن الدفع جملة غير الدفع متفرقاً، والإطلاق يقتضي أن يكون جملة أيضاً، فكأن المدعي يَصير مكذباً للشهود، لأنه يدعي شيئاً وهم يشهدون بما يخالفه اهـ. وعزى المسألة في الشارح «للقنية»، ولا يخفى عدم قوّة الدليل.

٣ ــ بَابُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ

(هي مقبولة) وإن كثرت استحساناً في كل حق على الصحيح **(إلا في حد وقود)** لسقوطهما بالشبهة وجاز الإشهاد مطلقاً، لكن لا تقبل إلا **(بشرط تعذر حضور الأصل بموت)** أي: موت الأصل، وما نقله القهستاني عن قضاء النهاية فيه كلام فإنه نقله عن الخانية عنها، ....

لأن إسناد المدعي يدل على نفي الملك في الحال، إذ لا فائدة للمدعي في إسناد مع قيام ملكه في الحال، بخلاف الشاهدين لو أسندا ملكه إلى الماضي لأن إسنادهما لا يدل على النفي في المآل لأنهما لا يعرفان بقاءه إلا بالاستصحاب. منح. وبهذا ظهر الفرق بين ما هنا وبين ما تقدم متناً من قوله: «بخلاف ما لو شهدا أنها كانت ملكه».

فرع: مهم قال المدعي: إن الدار التي حدودها مكتوبة في هذا المحضر ملكي وقال الشهود: إن الدار التي حدودها مكتوبة في هذا المحضر ملكه صح الدعوى والشهادة، وكذا لو شهدوا أن المال الذي كتب في هذا الصك عليه تقبل؛ والمعنى فيه أنه أشار إلى المعلوم لو شهدا بملك المتنازع فيه والخصمان تصادقا على أن المشهود به هو المتنازع فيه ينبغي أن تقبل الشهادة في أصل الدار وإن لم تذكر الحدود لعدم الجهالة المفضية إلى النزاع في أصل الدار. جامع الفصولين في آخر الفصل السابع.

بَابُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ

قوله: **(وإن كثرت)** أعني الشهادة على شهادة الفروع ثم وثم، لكن فيها شبهة البدلية لأن البدل ما يصار إليه إلا عند العجز عن الأصل، وهذه كذلك، ولذا لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال. درر. كذا في الهامش. قوله: **(إلا في حد وقود)** أي: ما يوجب الحد، فلا يرد أنه إذا شهد على شهادة شاهدين أن قاضي بلد كذا ضرب فلاناً حداً في قذف فإنها تقبل حتى ترد شهادته. بحر عن المبسوط. وفيه إشعار بأنها تقبل في التعزير، وهذه رواية عن أبي يوسف، وعن أبي حنيفة أنها لا تقبل كما في الاختيار. قهستاني. قوله: **(مطلقاً)** بعذر أو غيره. قوله: **(إلا بشرط تعذر حضور الأصل)** أشار إلى أن المراد بالمرض ما لا يستطيع معه الحضور إلى مجلس القاضي كما قيده في الهداية، وأن المراد بالسفر الغيبة مدته كما هو ظاهر كلام المشايخ وأفصح به في الخانية والهداية، لا مجاوزة البيوت، وإن أطلقه كالمرض في الكنز ولم يصرح بالتعذر، ولكن ما ذكرنا هو المراد لأن العلة العجز، فافهم. قوله: **(وما نقله القهستاني)** عبارته: لكن في قضاء النهاية وغيره: الأصل إذا مات لا تقبل شهادة فرعه فتشترط حياة الأصل اهـ. كذا في الهامش. قوله: **(فيه كلام)** ويؤيد كلام القهستاني قوله الآتي: «وبخروج أصله عن أهلها». قوله: **(فإنه نقله عن الخانية عنها)** ليس في القهستاني ذلك، وانظر ما ذكره في كتاب القاضي إلى

وهو خطأ والصواب ما هنا (أو مرض أو سفر) واكتفى الثاني بغيبته بحيث يتعذر أن يبيت بأهله، واستحسنه غير واحد. وفي القهستاني والسراجية: وعليه الفتوى وأقره المصنف (أو كون المرأة مخدّرة) لا تخالط الرجال وإن خرجت لحاجة وحمام. قنية. وفيها: لا يجوز الإشهاد لسلطان وأمير، وهل يجوز لمحبوس إن من غير حاكم الخصومة؟ نعم ذكره المصنف في الوكالة وقوله (عند الشهادة) عند القاضي قيد للكل لإطلاق جواز الإشهاد لا الأداء كما مر (و) بشرط (شهادة عدد) نصاب ولو رجلاً وامرأتين، وما في الحاوي غلط. بحر ....

القاضي. قوله: (والصواب ما هنا) قال في الدر المنتقى: لكن نقل البرجندي والقهستاني كلامهما عن الخلاصة[1]، وكذا في البحر والمنح والسراج وغيرها: أنه متى خرج الأصل عن أهلية الشهادة[2] بأن خرس أو فسق أو عمي أو جن أو ارتد بطلت الشهادة اهـ فتنبه ح. كذا في الهامش. قوله: (وفي القهستاني) عبارته: وتقبل عند أكثر المشايخ، وعليه الفتوى كما في المضمرات، وذكر القهستاني أيضاً أن الأول ظاهر الرواية، وعليه الفتوى.

وفي البحر قالوا: الأول: أحسن، وهو ظاهر الرواية كما في الحاوي، والثاني: أرفق إلى آخره. وعن محمد: يجوز كيفما كان، حتى روي عنه أنه إذا كان الأصل في زاوية المسجد والفرع في زاوية أخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم. منح وبحر. قوله: (أو كون المرأة مخدّرة) قال البزدوي: هي من لا تكون برزت بكراً كانت أو ثيباً ولا يراها غير المحارم من الرجال، أما التي جلست على المنصة فرآها رجال أجانب كما هو عادة بعض البلاد لا تكون مخدرة. حموي. قوله: (في الوكالة) وذكره هنا أيضاً. قوله: (عند القاضي) قاله في المنح. قوله: (لإطلاق جواز الإشهاد) يعني يجوز أن يشهد وهو صحيح أو سقيم ونحوه، ولكن لا تجوز الشهادة عند القاضي إلا وما ذكر موجود.

قال في البحر نقلاً عن خزانة المفتين: والإشهاد على شهادة نفسه يجوز وإن لم يكن بالأصول عذر، حتى لو حل بهم العذر يشهد الفروع اهـ. ومثله في المنح عن السراجية. قوله: (كما مر) أي: في قوله: «وجاز الإشهاد مطلقاً». قوله: (وما في الحاوي غلط) من أنه لا تقبل شهادة النساء على الشهادة. وفي الهامش: ولو شهد على شهادة رجل وأحدهما[3] يشهد بنفسه

(1) قال الرافعي: قوله: (لكن نقل البرجندي والقهستاني كلامهما عن «الخلاصة» إلخ) عبارة الأصل: لكن نقل البرجندي عن «الخلاصة» والقهستاني عن «الخزانة» وكذا في «البحر» إلخ.

(2) قال الرافعي: قوله: (أنه متى خرج الأصل عن أهلية الشهادة إلخ) فيه أنه بالموت لا يقال: إنه خرج عن الأهلية إذ هو مقرر لها لا مخرج عنها، كما تقدم مراراً له.

(3) قال الرافعي: قوله: (ولو شهدا على شهادة رجل وأحدهما إلخ) عبارة الأصل: ولو شهدا على شهادة رجل واحد بما يشهد بنفسه أيضاً لم يجز إلخ.

(عن كل أصل) ولو امرأة (لا تغاير فرعي هذا وذاك) خلافاً للشافعي (و) كيفيتها أن (يقول الأصل مخاطباً للفرع) ولو ابنه. بحر (اشهد على شهادتي أني أشهد بكذا) ويكفي سكوت الفرع، ولو رده ارتد. قنية. ولا ينبغي أن يشهد على شهادة من ليس بعدل عنده. حاوي (ويقول الفرع: أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته بكذا وقال لي: اشهد على شهادتي بذلك) هذا أوسط العبارات وفيه خمس شينات، والأقصر أن يقول: أشهد على شهادتي بكذا ويقول الفرع: أشهد على شهادته بكذا وعليه فتوى السرخسي وغيره. ابن كمال. وهو الأصح كما في القهستاني عن الزاهدي.

أيضاً لم يجز، كذا في محيط السرخسي. فتاوى الهندية. قوله: (عن كل أصل) فلو شهد عشرة على شهادة واحد تقبل، ولكن لا يقضي حتى يشهد شاهد آخر لأن الثابت بشهادتهم شهادة واحد. بحر عن الخزانة، وأفاد أنه لو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة غيره يصح، وصرح به في البزازية. قوله: (وذاك) يعني بأن يكون لكل شاهد شاهدان متغايران بل يكفي شاهدان على كل أصل. قوله: (ولو ابنه) كما يأتي متناً. قوله: (أني أشهد بكذا) قيد بقوله: «أشهد» لأنه بدونه لا يسعه أن يشهد على شهادته وإن سمعها منه، لأنه كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل، وبقوله: «على شهادتي» لأنه لو قال: اشهد عليّ بذلك لم يجز لاحتمال أن يكون الإشهاد على نفس الحق المشهود به فيكون أمراً بالكذب وبعليّ، لأنه لو قال: بشهادتي لم يجز لاحتمال أن يكون أمراً بأن يشهد مثل شهادته بالكذب وبالشهادة على الشهادة، لأن الشهادة بقضاء القاضي صحيحة وإن لم يشهدهما القاضي عليه. قوله: (سكوت الفرع) أي: عند تحميله.

قال في البحر: لو قال: لا أقبل. قال في القنية: ينبغي أن لا يصير شاهداً حتى لو شهد بعد ذلك لا تقبل، اهـ. قوله: (حاوي) نقله في البحر، ثم قال بعد ورقة: وفي خزانة المفتين، الفرع إذا لم يعرف الأصل بعدالة ولا غيرها فهو مسيء في الشهادة على شهادته بتركه الاحتياط اهـ، وقالوا: الإساءة أفحش من الكراهة اهـ. لكن ذكر الشارح في شرحه على المنار أنها دونها، ورأيت مثله في التقرير شرح البزدوي والتحقيق وغيرهما تأمل. قوله: (أن فلاناً إلخ) ويذكر اسمه واسم أبيه وجده فإنه لا بد منه كما في البحر. قوله: (هذا أوسط العبارات) والأطول أن يقول: أشهد أن فلاناً شهد عندي أن لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته وأمرني أن أشهد على شهادته وأنا الآن أشهد على شهادته بذلك، ففيه ثمان شينات. قوله: (وعليه فتوى السرخسي) قال في الفتح: وهو اختيار الفقيه أبي الليث وأستاذه أبو جعفر، وهكذا ذكره محمد في السير الكبير، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وحكى أن فقهاء زمن أبي جعفر خالفوه واشترطوا زيادة طويلة، فأخرج أبو جعفر الرواية من السير الكبير فانقادوا له. قال في الذخيرة: فلو اعتمد أحد على هذا كان أسهل، وكلام المصنف:

(ويكفي تعديل الفرع لأصله) إن عرف الفروع بالعدالة وإلا لزم تعديل الكل (كـ)ـما يكفي تعديل **(أحد الشاهدين صاحبه)** في الأصح لأن العدل لا يتهم بمثله

أي: صاحب الهداية يقتضي ترجيح كلام القدوري المشتمل على خمس شينات حيث حكاه، وذكر أن ثم أطول منه وأقصر؛ ثم قال: وخير الأمور أوساطها.

وذكر أبو نصر البغدادي شارح القدوري أقصر آخر بثلاث شينات، وهو أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته أن فلاناً أقر عنده بكذا، ثم قال: وما ذكره القدوري أولى وأحوط، ثم حكى خلافاً في أن قوله: وقال لي: اشهد على شهادتي شرط عند أبي حنيفة ومحمد، فلا يجوز تركه لأنه إذا لم يقله احتمل أنه أمره أن يشهد مثل شهادته وهو كذب وأنه أمره على وجه التحمل فلا يثبت بالشك. وعند أبي يوسف: يجوز لأن أمر الشاهد محمول على الصحة ما أمكن اهـ. والوجه في شهود الزمان القول بقولهما وإن كان فيهم العارف المتدين، لأن الحكم للغالب خصوصاً المتخذ بها مكسبة للدراهم اهـ ما في الفتح باختصار.

وحاصله: أنه اختار ما اختاره في الهداية وشرح القدوري من لزوم خمس شينات في الأداء، وهو ما جرى عليه في المتون كالقدوري والكنز والغرر والملتقى والإصلاح ومواهب الرحمٰن وغيرها. قوله: **(الفرع لأصله)** لأنه من أهل التزكية. هداية. قوله: **(وإلا لزم تعديل الكل)** هذا عند أبي يوسف. **وقال محمد**: لا تقبل لأنه لا شهادة إلا بالعدالة، فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل. ولأبي يوسف أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لأنه قد يخفى عليهم فيتعرف القاضي العدالة، كما إذا شهدوا بأنفسهم كذا في الهداية وفي البحر. وقوله: وإلا صادق بصور: **الأولى**: أن يسكتوا وهو المراد هنا[1] كما أفصح به في الهداية. **الثانية**: أن يقولوا: لا نخبرك، فجعله في الخانية على الخلاف بين الشيخين. وذكر الخصاف أن عدم القبول ظاهر الرواية، وذكر الحلواني أنها تقبل وهو الصحيح لأن الأصل بقي مستوراً، إذ يحتمل الجرح والتوقف فلا يثبت الجرح بالشك. ووجه المشهور: أنه جرح للأصول، واستشهد الخصاف بأنهما لو قالا: إنا نتهمه في الشهادة لم يقبل القاضي شهادته، وما استشهد به هو الصورة الثالثة وقد ذكرها في الخانية اهـ ملخصاً. وحيث كان المراد الأولى **فقول الشارح**: «وإلا لزم إلخ» تكرار مع ما في المتن. قوله: **(لأن العدل لا يتهم بمثله)** كذا علل في البحر، وفيه عود الضمير على غير مذكور. وأصل العبارة في الهداية حيث قال: وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر يجوز لما قلنا، غاية الأمر أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته، ولكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه اهـ. قال في النهاية: أي: بمثل ما ذكرت من الشبهة.

---

(1) **قال الرافعي**: قوله: (وهو المراد هنا) في كون المراد ما ذكر هنا نظر، بل المراد به أن الفرع إذا لم يكن أهلاً للتعديل لا بد من تعديل الكل، ولا يكفي تعديله للأصل.

(وإن سكت) الفرع (عنه نظر) القاضي (في حاله) وكذا لو قال: لا أعرف حاله على الصحيح. شرنبلالية وشرح المجمع. وكذا لو قال: ليس بعدل على ما في القهستاني عن المحيط، فتنبه.

(وتبطل شهادة الفرع) بأمور بنهيهم عن الشهادة على الأظهر. خلاصة. وسيجيء متناً ما يخالفه، وبخروج أصله عن أهليتها كفسق وخرس وعمى و(بإنكار أصله الشهادة) ....

وحاصل: ما في الفتح أن بعضهم قال: لا يجوز لأنه متهم حيث كان بتعديله رفيقه يثبت القضاء بشهادته والجواب: أن شهادة نفسه تتضمن مثل هذه المنفعة وهي القضاء بها، فكما أنه لم يعتبر الشرع مع عدالته ذلك مانعاً كذا ما نحن فيه. قوله: (في حاله) فيسأله عن عدالته فإذا ظهرت قبله وإلا لا. منح. قوله: (على ما في القهستاني) عبارته. وفيه إيماء إلى أنه لو قال الفرع: إن الأصل ليس بعدل أو لا أعرفه لم تقبل شهادته كما قال الخصاف. وعن أبي يوسف أنه تقبل، وهو الصحيح على ما قال الحلواني كما في المحيط اهـ. فتأمل النقل[1] مدني. قوله: (عن المحيط) ذكر في التاترخانية خلافه ولم يذكر فيه خلافاً، وكيف هذا مع أنهما لو قالا نتهمه لا تقبل شهادتهما، وظاهر استشهاد الخصاف به كما مر أنه لا خلاف فيه. وفي البزازية: شهدا عن أصل وقالا: لا خير فيه وزكاه غيرهما لا يقبل، وإن جرحه أحدهما لا يلتفت إليه اهـ. قوله: (بأمور) عد منها في البحر حضور الأصل قبل القضاء مستدلاً بما في الخانية، ولو أن فروعاً شهدوا على شهادة الأصول ثم حضر الأصول قبل القضاء لا يقضي بشهادة الفروع اهـ.

لكن قال في البحر: وظاهر قوله لا يقضي دون أن يقول: بطل الإشهاد أن الأصول لو غابوا بعد ذلك قضي بشهادتهم اهـ. فلذا تركه الشارح. قوله: (ما يخالفه) وهو خلاف الأظهر. قوله: (وبإنكار أصله الشهادة) هكذا وقع التعبير في كثير من المعتبرات. وفي الشرنبلالية عن الفاضل جوى زاده ما يفيد أن الأولى التعبير بالإشهاد، لأن إنكار الشهادة لا يشمل ما إذا قال: لي شهادة على هذه الحادثة لكن لم أشهدهم، بخلاف إنكار الإشهاد فإنه يشمل هذا ويشمل إنكار الشهادة لأن إنكارها يستلزم إنكاره، فإنكار الإشهاد نوعان: صريح، وضمني؛ ولذا عبر الزيلعي وصاحب البحر بالإشهاد، وبه اندفع اعتراض الدرر على الزيلعي وظهر أيضاً أن قول الشارح هنا: «أو لم نشهدهم» ليس في محله لأنه ليس من أفراد إنكار الشهادة لأن معناه لنا شهادة ولم نشهدهم،

---

(1) قال الرافعي: قوله: (فتأمل النقل) فعلى ما نقل أولاً عن الحلواني من أنها تقبل في المسألة الثانية، وما نقل عنه هنا من أنها تقبل فيما لو قال الفرع: إن الأصل ليس بعدل يكون قائلاً بقبول شهادة الفرع في هاتين المسألتين، ويكون حكمهما واحداً عنده، لأن الأولى منهما بقي الأصل مستوراً، والثانية طعن مجرد، وهو غير مقبول، فللقاضي أن يعدّله ويقضي بهذه الشهادة، وحينئذ لا مخالفة بين النقلين عن الحلواني، لكن بمراجعة «المحيط» ظهر أن التصحيح إنما هو في الثانية لا الثالثة.

كقولهم: ما لنا شهادة أو لم نشهدهم أو أشهدناهم وغلطنا، ولو سئلوا فسكتوا قبلت. خلاصة **(شهدا على شهادة اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا: أخبرانا بمعرفتها وجاء المدعي بامرأة لم يعرفها أنها هي قيل له هات شاهدين أنها هي فلانة)** ولو مقرة **(ومثله الكتاب الحكمي)** وهو كتاب القاضي إلى القاضي لأنه كالشهادة على الشهادة، فلو جاء المدعي برجل لم يعرفاه كلف إثبات أنه هو ولو مقراً لاحتمال التزوير. بحر. ويلزم مدعي الاشتراك البيان كما بسطه قاضيخان **(ولو قالا: فيهما التميمية لم تجز حتى ينسباها إلى فخذها)** كجدها، ويكفي نسبتها لزوجها،

فتأمل. قوله: **(ما لنا شهادة)** يعني ثم غابوا أو مرضوا ثم جاء الفروع فشهدوا لا تقبل. قوله: **(وغلطنا)** هو في معنى إنكار الشهادة. تأمل. قوله: **(قيل له هات إلخ)** فهذا من قبيل ما مر شهادة قاصرة فيتمها غيرهم كذا في الهامش. قوله: **(ولو مقرة)** فلعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة. منح. قوله: **(إلى القاضي)** فإن كتب أن فلاناً وفلاناً شهدا عندي بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية وأحضر المدعي امرأة عند القاضي المكتوب إليه وأنكرت المرأة أن تكون هي المنسوبة[1] بتلك النسبة فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان أنها المنسوبة بتلك النسبة كما في المسألة الأولى، كذا في العيني. مدني. قوله: **(لاحتمال التزوير)** أي: بأن يتواطأ المدعي مع ذلك الرجل. قوله: **(البيان)** يعني إذا ادعى المدعى عليه أن غيره يشاركه في الاسم والنسب كان عليه البيان ح كذا في الهامش: أي: يقول له القاضي: أثبت ذلك، فإن أثبت تندفع عنه الخصومة كما لو علم القاضي بمشارك له في الاسم والنسب، وإن لم يثبت ذلك يكون خصماً. قوله: **(فيهما)** أي: في الشهادة وكتاب القاضي. قوله: **(إلى فخذها)** بسكون الخاء وكسرها، يريد به القبيلة الخاصة التي ليس دونها أخص منها، وهذا على أحد قولين للغويين وهو في الصحاح.

وفي الجمهرة: جعل الفخذ دون القبيلة وفوق البطن، وجعله في ديوان أقل[2] من البطن، وكذا صاحب الكشاف. قال: العرب على ست طبقات: الشعب كمضر وربيعة وحمير، سميت به لأن القبائل تتشعب عنها، والقبيلة ككنانة. والعمارة كقريش. والبطن كقصيّ. والفخذ كهاشم. والفصيلة كالعباس. وكل واحد يجمع ما بعده: فالشعب يجمع القبائل، والعمارة تجمع البطون وهكذا، وعليه فلا يجوز الاكتفاء بالفخذ ما لم ينسبها إلى الفصيلة. والعمارة بكسر العين، والشعب بفتح الشين. فتح ملخصاً. قوله: **(كجدها)** الأنسب «أو جدها». ....

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (وأنكرت المرأة أن تكون هي المنسوبة إلخ)** غير قيد، وقال الشرنبلالي: الأمر لا يختص بإنكارها.

(2) **قال الرافعي: قوله: (وجعله في ديوان أقل إلخ)** هنا سقط، والأصل: وجعله في ديوان الأدب أقل إلخ.

والمقصود الإعلام (أشهده على شهادته ثم نهاه عنها لم يصح)(1) أي: نهيه، فله أن يشهد على ذلك درر. وأقره المصنف هنا، لكنه قدم ترجيح خلافه عن الخلاصة.

(كافران شهدا على شهادة مسلمين لكافر على كافر لم تقبل كذا شهادتهما على القضاء لكافر على كافر، وتقبل شهادة رجل على شهادة أبيه وعلى قضاء أبيه) في الصحيح. درر خلافاً للملتقط (من ظهر أنه شهد بزور) بأن أقر على نفسه ولم يدع

قوله: (والمقصود الإعلام) قال في الفتح: ولا يخفى أنه ليس المقصود من التعريف أن ينسب إلى أن يعرفه القاضي لأنه قد لا يعرفه وإن نسبه إلى مائة جدّ، بل ليثبت الاختصاص ويزول الاشتراك، فإنه قلما يتفق اثنان في اسمهما واسم أبيهما وجدهما أو صناعتهما ولقبهما، فما ذكر عن قاضيخان من أنه لو لم يعرف مع ذكر الجد لا يكتفي بذلك، الأوجه منه ما في الفصولين من أن شرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء، غير أنهم اختلفوا في اللقب مع الاسم هل هما واحد أو لا اهـ. والمراد بالثلاثة اسمه واسم أبيه وجده أو صناعته أو فخذه فإنه يكفي عن الجد خلافاً لما في البزازية.

ففي الهداية: ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عندهما خلافاً لأبي يوسف على ظاهر الروايات، فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأنه اسم الجد الأعلى: أي: في ذلك الفخذ الخاص، فنزل منزلة الجد الأدنى، وفي إيضاح الإصلاح وفي العجم ذكر الصناعة بمنزلة الفخذ لأنهم ضيعوا أنسابهم، والأولى أن يقول بدل الإعلام رفع الاشتراك، لأن الإعلام بأن يعرفه غير مراد كما مر. وفي البحر عن البزازية: وإن كان معروفاً بالاسم المجرد مشهوراً كشهرة الإمام أبي حنيفة يكفي عن ذكر الأب والجد، ولو كنى بلا تسمية لم يقبل إلا إذا كان مشهوراً كالإمام. قوله: (شهد بزور) والرجال والنساء فيها سواء. بحر عن كافي الحاكم. قوله: (بأن أقر على نفسه) قال في البحر: وقيد بإقراره لأنه لا يحكم به إلا بإقراره. وزاد شيخ الإسلام: أن يشهد بموت واحد فيجيء حياً، كذا في فتح القدير، وبحث فيه الرملي(2) في حاشية البحر.

واعترض بالإقرار صدر الشريعة بأنه قد يعلم بدونه، كما إذا شهد بموت زيد أو بأن فلاناً

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (ثم نهاه عنها لم يصح) ذكر في «الخانية» أن هذا قول الإمام والثاني.

(2) قال الرافعي: قوله: (وبحث فيه الرملي) بقوله: قد جوزوا الشهادة بالموت لمن سمع بموته من ثقة فكيف يحكم، وقد يقال: لما جزم بالشهادة بالموت وظهر حياً قطع بكذبه، فكان ينبغي أن لا يجزم، بل يقول أخبرني فلان أو اشتهر عندي، ففي مثل ذلك ينبغي أن لا يحكم به، فلا يشهر ولا يعزر اهـ.

سهواً أو غلطاً كما حرره ابن الكمال، ولا يمكن إثباته بالبينة لأنه من باب النفي (عزر بالتشهير) وعليه الفتوى. سراجية. وزادا ضربه وحبسه. مجمع. وفي البحر: وظاهر كلامهم أن للقاضي أن يسحم وجهه إذا رآه سياسة؛ وقيل إن رجع مصرًّا ضرب إجماعاً، وإن تائباً لم يعزّر إجماعاً، وتفويض مدة توبته لرأي القاضي على الصحيح لو فاسقاً ولو عدلاً أو مستوراً لا تقبل شهادته أبداً.

قلت: وعن الثاني تقبل، وبه يفتى. عيني وغيره، والله أعلم.

قتله ثم ظهر زيد حياً أو برؤية الهلال فمضى ثلاثون يوماً وليس في السماء علة ولم ير الهلال. وأجاب في العناية بأنه لم يذكره إما لندرته وإما لأنه لا محيض له أن يقول: كذبت أو ظننت ذلك فهو بمعنى كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم. وفي اليعقوبية وأيضاً يمكن أن يحمل قوله: لا يعلم إلا بإقرار على الحصر الإضافي بقرينة قوله: لا يعلم بالبينة. وأجاب ابن الكمال بأن الشهادة بالموت تجوز بالتسامع وكذا بالنسب، فيجوز أن يقول: رأيت قتيلاً سمعت الناس يقولون: إنه عمرو بن زيد. وأما الشهادة على رؤية الهلال فالأمر فيه أوسع اهـ. **قوله: (ولا يمكن إثباته)** أي: إثبات تزويره، أما إثبات إقراره فممكن كما لا يخفى. تأمل. **قوله: (وزادا ضربه)** قال في البحر: ورجح في فتح القدير قولهما وقال: إنه الحق. **قوله: (أن يسحم)** السحم بضم السين وسكون الحاء المهملتين السود وأني كذا في الهامش. **قوله: (إذا رآه سياسة)** قدم الشارح في آخر باب حد القذف ما يخالف هذا حيث قال: واعلم أنهم يذكرون في حكم السياسة أن الإمام يفعلها ولم يقولوا: القاضي، فظاهره: أن القاضي ليس له الحكم بالسياسة ولا العمل بها فليحرر. فتال. **قوله: (مصراً)** قال في الفتح: واعلم أنه قد قيل إن المسألة على ثلاثة أوجه: إن رجع على سبيل الإصرار مثل أن يقول: نعم شهدت في هذه بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك فإنه يعزّر بالضرب بالاتفاق، وإن رجع على سبيل التوبة لا يعزر اتفاقاً، وإن كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف المذكور، وقيل لا خلاف بينهم فجوابه في التائب لأن المقصود من التعزير الانزجار وقد انزجر بداعي الله تعالى. وجوابهما فيمن لم يتب ولا يخالف فيه أبو حنيفة. **قوله: (أبداً)** لأن عدالته لا تعتمد. منلا علي قوله: (تقبل) أي: من غير ضرب مرة كما في البحر عن الخلاصة قبيل قوله والأقلف. وفي الخانية: المعروف بالعدالة إذا شهد بزور عن أبي يوسف أنه لا تقبل شهادته أبداً لأنه لا تعرف توبته. وروى الفقيه أبو جعفر: أنه تقبل وعليه الاعتماد اهـ. وكلام الشارح صريح في أن الرواية الثانية عن أبي يوسف أيضاً. تأمل.

٤ ـ بَابُ الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ

(هو أن يقول: رجعت عما شهدت به ونحوه، فلو أنكرها لا)[1] يكون رجوعاً (و) الرجوع (شرطه مجلس القاضي) ولو غير الأول لأنه فسخ أو توبة[2] وهي بحسب الجناية كما قال عليه الصلاة والسلام: «السرّ بالسرّ والعلانية بالعلانية» (فلو ادعى) المشهود عليه (رجوعهما عند غيره وبرهن) أو أراد يمينهما (لا يقبل) لفساد الدعوى، بخلاف ما لو ادعى وقوعه عند قاض وتضمينه إياهما. ملتقى. أو برهن أنهما أقرا برجوعهما[3] عند غير القاضي قبل وجعل إنشاء للحال. ابن ملك

بَابُ الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ

قوله: (فلو أنكرها) أي: بعد القضاء. قوله: (مجلس القاضي) وتتوقف صحة الرجوع على القضاء به أو بالضمان خلافاً لمن استبعده كما نبه عليه في الفتح. وفيه أيضاً: ويتفرع على اشتراط المجلس أنه لو أقرّ شاهد بالرجوع في غير المجلس وأشهد على نفسه به وبالتزام المال لا يلزمه شيء، ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه إذا تصادقا أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع. قوله: (لأنه فسخ) تعليل لاشتراط مجلس القاضي، وقوله: «فسخ» أي: فيختص بما تختص به الشهادة من مجلس القاضي. منح. قوله: (وهي) أي: التوبة. قوله: (فلو ادعى) بيان لفائدة اشتراط مجلس القاضي. قوله: (عند غيره) أي: عند غير القاضي ولو شرطياً كما في المحيط. قوله: (لا يقبل) أي: ولا يستحلف. قوله: (لفساد الدعوى) أي: لأن مجلس القاضي شرط للرجوع فكان مدعياً رجوعاً باطلاً، والبينة أو طلب اليمين إنما يكون بعد الدعوى الصحيحة. قوله: (وتضمينه) أي:

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (فلو أنكرها لا) سيأتي في الوصاية أن الموصي لو أنكرها قيل: يكون رجوعاً، وقيل: لا يكون وصحح كل من القولين، فهل هذا الخلاف جار هنا أو لا لم أره.

(2) قال الرافعي: قول الشارح: (لأنه فسخ أو توبة) هذا التعليل عليل بالنسبة للشق الثاني. انظر السندي.

(3) قال الرافعي: قول الشارح: (أو برهن أنهما أقرا برجوعهما إلخ) هكذا عبارة ابن ملك، وعبارة غيره: إذا أقر الشاهدان في مجلس القاضي أنهما رجعا في غير مجلسه صح، وجعل إنشاء للحال، ولم أر ما ذكره ابن ملك لغيره، والتعليل ظاهر لما قاله غيره فتدبر، ثم رأيت في حاشية الخادمي على «الدرر» نقلاً عن الإيضاح ما يوافق عبارة ابن ملك، ونصها: ولو ادعى إقرار رجوعهما عند غير القاضي، وبرهن على ذلك قبل، وجعل إنشاء اهـ وظهر وجه جعله إنشاء، وهو أن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة، فيجعل إقرارهما الثابت بالبينة كالثابت منهما في الحال عنده، لكن معلوم أن البينة إنما تكون مسموعة بعد صحة الدعوى ولم تصح.

(فإن رجعا قبل الحكم بها سقطت ولا ضمان) وعزر[1] ولو عن بعضها لأنه فسق نفسه. جامع الفصولين **(وبعده لم يفسخ)** الحكم **(مطلقاً)** لترجحه بالقضاء **(بخلاف ظهور الشاهد عبداً أو محدوداً في قذف)** فإن القضاء يبطل ويرد ما أخذ وتلزم الدية لو قصاصاً، ولا يضمن الشهود لما مر أن الحاكم إذا أخطأ فالغرم على المقضى له. شرح تكملة **(وضمنا ما أتلفاه للمشهود عليه)** ....

القاضي أي: حكمه عليهما بالضمان. قوله: **(سقطت)** أي: الشهادة فلا يقضي القاضي بها لتعارض الخبرين بلا مرجح للأول. قوله: **(وعزر)** قال في الفتح: قالوا: يعزّر الشهود، سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده، ولا يخلو عن نظر لأن الرجوع ظاهر في أنه توبة عن تعمد الزور إن تعمده أو السهو والعجلة إن كان أخطأ فيه، ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدر اهـ. وأجاب في البحر: بأن رجوعه قبل القضاء قد يكون لقصد إتلاف الحق أو كون المشهود عليه غرّه بمال لا لما ذكره، وبعد القضاء قد يكون لظنه بجهله أنه إتلاف على المشهود له مع أنه إتلاف لما له بالغرامة. قوله: **(عن بعضها)** كما لو شهدا بدار وبنائها أوبأتان وولدها ثم رجعا في البناء والولد لم يقض بالأصل. منح. قوله: **(مطلقاً)** قال في المنح: وقولي: مطلقاً يشمل ما إذا كان الشاهد وقت الرجوع مثل ما شهد في العدالة أو دونه أو أفضل منه، وهكذا أطلق في أكثر الكتب متوناً وشروحاً وفتاوى. وفي المحيط: يصح رجوعه لو حاله بعد الرجوع أفضل منه وقت الشهادة في العدالة وإلا لا ويعزّر ورده في البحر. ونقل في الفتح أنه قول أبي حنيفة أولاً، وهو قول شيخه حماد ثم رجع إلى قولهما، وعليه استقر المذهب، وعزاه في البحر أيضاً إلى كافي الحاكم. قوله: **(لترجحه)** الأولى لترجحها. قوله: **(ويرد ما أخذ)** أي: إلى المقضي عليه. بحر. قوله: **(إذا أخطأ)** وهنا أخطأ بعدم الفحص عن حال الشهود. قوله: **(وضمناً ما أتلفاه)** اعلم أن تضمين الشاهد لم ينحصر في رجوعه مثل ما إذا ذكر شيئاً لازماً للقضاء ثم ظهر بخلافه، كما أوضحه لسان الحكام وأشار إليه في البحر فراجعهما.

وذكر في البحر ما يسقط به ضمان الشاهد. ويؤخذ من قوله: «أتلفاه» أنه لو لم يضف التلف إليهما لا يضمنان، كما لو شهدا بنسب قبل الموت فمات المشهود عليه وورث المشهود له المال من المشهود عليه ثم رجعا لم يضمنا لأنه ورث بالموت، وذلك لأن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت والاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجوداً فيضاف للموت. ذكره الزيلعي في إقرار المريض. سائحاني عن المقدسي.

(1) قال الرافعي: قول الشارح: **(وعزر)** ظاهره الإطلاق، وقد علمت أنه إن ادعى السهو أو الخطأ أو النسيان أو كان على وجه التوبة لا يعزر اهـ. خادمي.

لتسببهما تعدياً مع تعذر تضمين المباشر لأنه كالملجأ إلى القضاء **(قبض المدعي المال أو لا به يفتى)** بحر وبزازية وخلاصة وخزانة المفتين. وقيده في الوقاية والكنز والدرر والملتقى بما إذا قبض المال لعدم الإتلاف قبله، وقيل إن المال عيناً فكالأول، وإن ديناً فكالثاني، وأقره القهستاني **(والعبرة فيه لمن بقي)** من الشهود **(لا لمن رجع فإن رجع أحدهما ضمن النصف، وإن رجع أحد ثلاثة لم يضمن، وإن رجع آخر ضمنا النصف،** ....

قلت: وفي البحر عن العتابية: شهدوا على أنه أبرأه من الدين ثم مات الغريم مفلساً ثم رجعا لم يضمنا للطالب لأنه توى ما عليه بالإفلاس اهـ. **قوله: (لتسببهما)** قال في البحر: وفي إيجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفائه من المدعي لأن الحكم ماض فاعتبر التسبب اهـ. كذا في الهامش. **قوله: (لأنه كالملجأ)** أي: القاضي. **قوله: (وقيده إلخ)** أي: وكذا في الهداية والمختار والإصلاح ومواهب الرحمٰن، وجزم به في الجوهرة وصاحب المجمع[1]، وأنت على علم بأن اقتصار أرباب المتون على قول ترجيح له[2]، وما في المتون مقدم على ما في الشروح فيقدم على ما في الفتاوى بالأولى، وما كان ينبغي للمصنف مخالفة عامة المتون، وما نقله في البحر عن الخلاصة أن ما في الفتاوى هو قول الإمام الأخير لنا فيه كلام[3] وكأنه هو الذي غرّ المصنف. **قوله: (فكالأول)** أي: يضمنه الشهود مطلقاً قبضها المشهود له أو لا، لأن العين يزول ملك المشهود عليه عنها بالقضاء وفي الدين لا يزول ملكه حتى يقبضه. **قوله: (فكالثاني)** أي: لو رجع الشهود قبل قبضه لا يضمنون ولو بعده يضمنون. **قوله: (ضمن النصف)** إذ بشهادة كل منهما يقوم نصف الحجة، فببقاء أحدهما على الشهادة تبقى الحجة في النصف فيجب على الراجع ضمان ما لم تبق الحجة فيه وهو النصف، ويجوز أن لا يثبت الحكم ابتداء ببعض العلة ثم يبقى ببقاء بعض العلة، كابتداء الحول لا ينعقد على بعض النصاب ويبقى منعقداً ببقاء بعض النصاب، منح. **قوله: (لم يضمن)** أي: الراجع. **قوله: (ضمنا النصف)** وفي المقدسي: فإن قيل: ينبغي أن يضمن الراجع الثاني فقط لأن التلف أضيف إليه. قلنا: التلف مضاف إلى المجموع إلا أن رجوع الأول لم يظهر أثره لمانع وهو من بقي، فإذا رجع الثاني ظهر أن التلف بهما.

(1) قال الرافعي: قوله: (وصاحب المجمع) أي: في شرحه، فإنه أطلق في متنه حيث قال: ويضمنون ما أتلفوا بشهادتهم هذا إذا قبض المدعي المال ديناً أو عيناً اهـ.

(2) قال الرافعي: قوله: (اقتصار أرباب المتون على قول ترجيح له) لكن ما في الفتاوى صرح فيه بأن الفتوى عليه، والتصحيح الصريح أقوى من الضمني.

(3) قال الرافعي: قوله: (لنا فيه كلام) وهو أنه أراد به الضمان بالرجوع مطلقاً سواء كان الشاهد كحاله الأول أو لا.

وإن رجعت امرأة من رجل وامرأتين ضمنت الربع، وإن رجعتا فالنصف، وإن رجع ثمان نسوة من رجل وعشر نسوة لم يضمن، فإن رجعت أخرى ضمن) التسع (ربعه) لبقاء ثلاثة أرباع النصاب **(فإن رجعوا فالغرم بالأسداس)** وقالا: عليهن النصف كما لو رجعن فقط **(ولا يضمن راجع في النكاح شهد بمهر مثلها)** أو أقل إذ الإتلاف بعوض

أقول: تقدم في الحدود عن المحيط: إذا شهد[1] على حد الرجم خمسة فرجع الخامس لا ضمان، وإن رجع الرابع ضمنا الربع، وإن رجع ثالث يضمن الربع؛ فقوله يضمن الثالث الربع مخالف لما هنا لأن المأخوذ من باب الرجوع في الشهادة أن الخامس والرابع والثالث يضمنون النصف أثلاثاً، فما في المحيط إما غلط أو ضعيف أو غير مشهور. وإذا شهد أربعة على شخص بأربعمائة درهم وقضى بها فرجع أحدهم عن مائة وآخر عن تلك المائة ومائة أخرى وآخر عن تلك المائتين ومائة أخرى فعلى الراجعين خمسون أثلاثاً، لأن الأول لم يرجع إلا عن مائة فبقي شاهداً بثلاثمائة، والرابع الذي لم يرجع شاهد بالثلاثمائة كما هو شاهد بالمائة الرابعة أيضاً فوجد نصاب الشهادة في الثلاثمائة فلا ضمان فيها. وأما المائة الرابعة لما بقي الرابع شاهداً بها ورجع البقية تنصفت لأن العبرة لمن بقي فيضمنون نصفها وهو الخمسون أثلاثاً، فإن رجع الرابع عن الجميع ضمنوا المائة أرباعاً: يعني المائة التي اتفقوا على الرجوع عنها، وغير الأول يضمن الخمسين التي اتفقوا على الرجوع عنها أثلاثاً. ووجه عدم الضمان المائتين والخمسين أن **الأول**: بقي شاهداً بثلاثمائة والثالث: بقي شاهداً بمائتين فالمائتان تم عليها النصاب وبقي على الثالثة شاهد واحد لم يرجع، ولكن لما رجع الثلاثة غيره تنصفت فضمنوا الخمسين أثلاثاً. سائحاني. **وقوله: والثالث:** بقي شاهداً لعله والثاني، والمسألة مذكورة في البحر عن المحيط موجهة بعبارة أخرى فراجعه.
قوله: (ضمنت الربع) إذ بقي على الشهادة من يبقى به ثلاثة الأرباع. منح. **قوله: (فإن رجعوا)** أي: رجع الكل من الرجل والنساء. **قوله: (بالأسداس)** السدس على الرجل وخمسة الأسداس على النسوة، لأن كل امرأتين تقوم مقام رجل واحد. **قوله: (فقط)** لأنهن وإن كثرن بمنزلة رجل واحد. **قوله: (ولا يضمن راجع إلخ)** هذه المسألة على ستة أوجه، لأنهما إما أن يشهدا بمهر المثل أو بأزيد أو بأنقص، وعلى كل فالمدعي إما هي أو هو، ولا ضمان إلا في صورة ما إذا شهدا عليه بأزيد، ولو قال **المصنف** بعد قوله: ضمناها للزوج كما في المنح لأفاد جميع الصور خمسة

(1) **قال الرافعي: قوله: (تقدم في الحدود عن «المحيط»: إذا شهد إلخ)** مثله ما ذكره الشارح في الحدود، ولا شيء على خامس رجع بعد الرجم، فإن رجع آخر حدا وغرما ربع الدية، ولو رجع الثالث غرم الربع، ولو رجع الخمسة ضمنوها أخماساً «حاوي» اهـ ولم يذكره في «المحيط» والمذكور فيه من الحدود: ولو كان الشهود خمسة والحدّ رجم، فرجع واحد بعد الإمضاء لا شيء على الراجع، فإن رجع آخر بعد ذلك كان عليهما ربع الدية ويضربان حد القذف، والأصل فيه أن العبرة لبقاء من بقي اهـ ولم يذكره أيضاً في الشهادات.

كلا إتلاف[1] (وإن زاد عليه ضمناها) لو هي المدعية وهو المنكر. عزمي زاده.

(ولو شهدا بأصل النكاح بأقل من مهر مثلها فلا ضمان) على المعتمد لتعذر المماثلة بين البضع والمال (بخلاف ما لو شهدا عليها بقبض المهر أو بعضه ثم رجعا) ضمنا لها لإتلافهما المهر (وضمنا في البيع والشراء ما نقص عن قيمة المبيع) لو الشهادة على البائع (أو زاد) لو الشهادة على المشتري للإتلاف بلا عوض، .....

منطوقاً وواحدة مفهوماً، ولا غنى عما نقله الشارح عن العزمية[2]، وكان عليه أيضاً أن يقول: وإن بأقل ويحذف، ولو شهدا بأصل النكاح لإيهامه أن الشهادة في الأول ليست على أصله، وعلى كل فقول الشارح أو أقل تكرار كما لا يخفى.

قال الحلبي: فلو قال المتن: ويضمن الزيادة بالرجوع من شهد على الزوج بالنكاح بأكثر من مهر المثل لاستوفى الستة واحداً منطوقاً وخمسة مفهوماً، ثم ظهر لي أن المصنف أظهر ما خفي وأخفى ما ظهر من هذه الصور فذكر عدم الضمان في الشهادة بمهر المثل ويلزم منه عدمه في الشهادة بالأقل وصرح بضمان الزيادة، وهذا كله لو هي المدعية كما نبه عليه الشارح وأشار به إلى أن ما بعده فيما لو كان هو المدعي، فذكر المصنف بعده أنه لا ضمان لو شهدا بأقل من مهر المثل وسكت عما لو شهدا بمهر المثل أو أكثر للعلم بأنه لا ضمان بالأولى، لأن الكلام فيما إذا كان هو المدعي، ولم يصرح به الشارح كما صرح بالأقل في الأول اعتماداً على ظهور المراد، فتنبه.

قوله: (على المعتمد) خلافاً لما في المنظومة النسفية وشرحها، وتبعهما صاحب المجمع حيث ذكروا أنهما يضمنان عندهما، خلافاً لأبي يوسف.

قال في الفتح: وما في الهداية وشروحها هو المعروف ولم ينقلوا سواه، وهو المذكور في الأصول كالمبسوط وشرح الطحاوي والذخيرة وغيرها، وإنما نقلوا فيها خلاف الشافعي، فلو كان لهم شعور بالخلاف في المذهب لم يعرضوا عنه بالكلية ولم يشتغلوا بنقل خلاف الشافعي. قوله:

---

(1) **قال الرافعي**: قول الشارح: (إذ الإتلاف بعوض كلا إتلاف) هذا ظاهر في حقها، إذ قد أتلفا عليها البضع بمال متقوم، وكذلك في حقه إذ البضع متقوم حال دخوله في ملكه، والكلام فيه كذا يؤخذ من الزيلعي.

(2) **قال الرافعي**: قوله: (ولا غنى عما نقله الشارح عن «العزمية» إلخ) لا يخفى أن بزيادة ما نقله الشارح عن عزمي تكون عبارته مفيدة للصور الست خمسة منطوقاً وواحدة مفهوماً، فتكون عبارة الشارح مساوية لما زاده في «المنح»، وهي مرادة للمصنف، ولم يصرح بها لظهور إرادتها في كلامه إذ لا يتأتى القول بضمان الزيادة فيما إذا كان المدعي الزوج، إذ هو راض بإتلافها على نفسه بدعواه النكاح بما زاد على مهر المثل، وحينئذ يكون ما نقله عن عزمي قيداً في مسألة الزيادة فقط، وتكون مسألة مهر المثل والأقل على الإطلاق، وهذا أحسن مما ظهر للمحشي لإفادة الخمس منطوقاً عليه لا على ما ظهر له، وأحسن مما قاله الحلبي أيضاً، نعم في كلامه إيهام وتكرار كما ذكره المحشي.

ولو شهدا بالبيع وبنقد الثمن، فلو في شهادة واحدة ضمنا القيمة، ولو في شهادتين ضمنا الثمن. عيني.

(ولو شهدا على البائع بالبيع بألفين إلى سنة وقيمته ألف، فإن شاء ضمن الشهود قيمته حالاً، وإن شاء أخذ المشتري إلى سنة وأيًا ما اختار بريء الآخر) وتمامه في خزانة المفتين (وفي الطلاق قبل وطء وخلوة ضمنا نصف المال) المسمى (أو المتعة) إن لم يسمّ ....

(ولو شهدا بالبيع) قال العيني: فإن شهدا بالبيع بألف مثلاً فقضى به القاضي ثم شهدا عليه بعد القضاء بقبض الثمن فقضى به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا الثمن، وإن كان أقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة أيضاً مع ذلك، وإن شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملة واحدة فقضى به ثم رجعا عن شهادتهما تجب عليهما القيمة فقط ح. ولا يظهر تفاوت بين المسألتين[1] في الحكم بالضمان لأنه فيهما يضمن القيمة، لأنه في الأولى إن كان الثمن مثل القيمة فبها وإن كان أقل منها يضمنان الزيادة أيضاً اهـ. **قوله: (ضمنا القيمة)** لأن المقضي به البيع دون الثمن لأنه لا يمكن القضاء بإيجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالإيفاء، ولذا قلنا لو شهدا أنه باع من هذا عبده وأقاله بشهادة واحدة لا يقضي بالبيع لمقارنة ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالإقالة. فتح. **وقوله: «ضمنا الثمن»** لأن القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لأنهما لم يشهدا بالإيفاء بل شهدا به بعد ذلك، وإذا صار الثمن مقضياً به ضمناه برجوعهما. فتح. زاد الزيلعي: وإن كان الثمن أقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة أيضاً مع ذلك لأنهما أتلفا عليه هذا القدر بشهادتهما الأولى اهـ. **قوله: (وتمامه في خزانة المفتين)** عبارتها كما في المنح، فإن اختار الشهود رجعوا بالثمن على المشتري ويتصدقون بالفضل، فإن رد المشتري المبيع بعيب بالرضا[2] أو تقايلا رجع على البائع بالثمن ولا شيء على الشهود، وإن رد بقضاء فالضمان على الشهود بحاله، وإن أديا رجعا بما أديا اهـ. **قوله: (ضمنا نصف المال المسمى أو المتعة إلخ)** لأنهما أكدا ضماناً على شرف السقوط، ألا ترى أنها لو

(1) **قال الرافعي: قوله: (ولا يظهر تفاوت بين المسألتين إلخ)** يظهر التفاوت بينهما، فإنه في الأولى يقضي بما سمياه من الثمن وبالزيادة أيضاً وتقوم من جنس الثمن أو غيره، وفي الثانية يقضي بالقيمة فضة أو ذهباً، وفي المسألة الأولى إذا كان أكثر من القيمة يضمنه بتمامه، فالفرق بينها وبين الثانية ظاهر.

(2) **قال الرافعي: قوله: (فإن رد المشتري المبيع بعيب بالرضا إلخ)** هذه المسألة في «الخزانة» كذلك ولينظر وجهها، ثم رأيت في «الهندية» ما نصه: فإن وجد المشتري بالعبد عيباً فرده، فإن كان بغير قضاء فهذا بمنزلة بيع جديد، فيأخذ من البائع ألفي درهم، ولا سبيل له على الشاهدين، وإن كان بقضاء القاضي يرد العبد على البائع، ويأخذ من الشاهدين ما دفع إليهما ألفي درهم، ويرجع الشاهدان على البائع بما دفعا إليه ألف درهم. شرح طحاوي.

(ولو شهدا أنه طلقها ثلاثاً وآخران أنه طلقها واحدة قبل الدخول ثم رجعوا فضمان نصف المهر على شهود الثلاث لا غير) للحرمة الغليظة (ولو بعد وطء أو خلوة فلا ضمان) ولو شهدا بالطلاق قبل الدخول وآخران بالدخول ثم رجعوا ضمن شهود الدخول ثلاثة أرباع المهر وشهود الطلاق ربعه اختيار.

(ولو شهدا بعتق فرجعا ضمنا القيمة) لمولاه (مطلقاً) ولو معسرين لأنه ضمان إتلاف (والولاء للمعتق) لعدم تحول العتق إليهما بالضمان فلا يتحول الولاء هداية (وفي التدبير ضمنا ما نقصه) هو ثلث قيمته، ولو مات المولى عتق من الثلث ولزمهما بقية قيمته. وتمامه في البحر ....

طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلاً. منح. قوله: (قبل الدخول) قيد في الشهادتين ح. قوله: (لا غير) لأنه لم يقض بشهادة شهود الواحدة لأنه لا يفيد، لأن حكم الواحدة حرمة خفيفة وحكم الثلاث حرمة غليظة. منح. قوله: (فلا ضمان) لتأكد المهر بالدخول فلم يقررا عليه ما كان على شرف السقوط ح. قوله: (ضمن شهود الدخول إلخ) لأنهم قرروا عليه بشهادتهم جميع المهر وقد كان جميعه على شرف السقوط، وهذا يقتضي أن يضمنا جميعه لكن شهود الطلاق قبل الدخول قرروا عليه نصف المهر وقد كان على شرف السقوط، وقد اختص الفريق الأول بضمان نصف وتنازع مع الفريق الثاني في ضمان النصف الآخر فيقسم عليهما فيصيب الأول ثلاثة أرباع والثاني ربع ح. كذا في الهامش. قوله: (اختيار) علله بأن الفريقين اتفقا على النصف فيكون على كل فريق ربعه وانفرد شهود الدخول بالنصف فينفردون بضمانه اهـ فتال.

وفي البحر عن المحيط: ولو رجع شاهدا الطلاق[1] لا ضمان عليهما لأنهما أوجبا نصف المهر وشاهدا الدخول لا غير يجب عليهما نصف المهر، لأنه يثبت بشهادة شهود الطلاق نصف المهر وتلف بشاهدي الدخول نصف المهر، وإن رجع من كل طائفة واحد لا يجب على شاهدي الطلاق شيء ويجب على شاهدي الدخول الربع اهـ. قوله: (لأنه ضمان إتلاف) بخلاف ضمان الإعتاق لأنه لم يتلف إلا ملكه ولزم منه فساد ملك صاحبه فضمنه الشارع صلة ومواساة له. قوله: (بقية قيمته) فإن لم يكن له مال غير العبد عتق ثلثه وسعى في ثلثه وضمن الشاهدان ثلث القيمة بغير عوض ولم يرجعا به على العبد، فإن عجز العبد عن الثلثين يرجع به الورثة على

(1) قال الرافعي: قوله: (وفي «البحر» عن «المحيط»: ولو رجع شاهدا الطلاق إلخ) عبارته نقلاً عن «المحيط»: شهد رجلان بالطلاق ورجلان بالدخول، ثم رجع شاهدا الطلاق لا ضمان عليهما لأنهما أوجبا نصف المهر، وشاهدا الدخول أوجبا جميع المهر، وقد بقي من يثبت بشهادته جميع المهر، وهو شاهدا الدخول، وإن رجع شاهدا الدخول لا غير يجب عليهما نصف المهر، وإن رجع من كل طائفة واحد لا يجب على شاهدي الطلاق شيء ويجب على شاهد الدخول الربع.

(وفي الكتابة يضمنان قيمته) كلها، وإن شاء اتبع المكاتب (ولا يعتق حتى يؤدي ما عليه إليهما) وتصدقا بالفضل والولاء لمولاه، ولو عجز عاد لمولاه ورد قيمته على الشهود (وفي الاستيلاد يضمنان نقصان قيمتها) بأن تقوّم قنة وأم ولد لو جاز بيعها فيضمنان ما بينهما (فإن مات المولى عتقت وضمنا) بقية (قيمتها) أمة (للورثة) وتمامه في العيني (وفي القصاص الدية)[1] في مال الشاهدين وورثاه (ولم يقتصا) لعدم المباشرة، ولو شهدا بالعفو لم يضمنا لأن القصاص ليس بمال اختيار (وضمن شهود الفرع برجوعهم) لإضافة التلف إليهم (لا شهود الأصل بقولهم) بعد القضاء: (لم نشهد الفروع على شهادتنا أو أشهدناهم وغلطنا) وكذا لو قالوا: رجعنا عنها لعدم إتلافهم ولا الفروع لعدم رجوعهم (ولا اعتبار بقول الفروع) بعد الحكم (كذب الأصول أو غلطوا) فلا ضمان، ولو رجع الكل ضمن الفرع فقط (وضمن المزكون) ولو الدية (بالرجوع) عن التزكية (مع علمهم بكونهم عبيداً) خلافاً لهما (أما مع الخطأ

الشاهدين ويرجع به الشاهد على العبد عندهما. بحر. قوله: (يضمنان قيمته) والفرق أنهما بالكتابة حالا بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما غاصبين فيضمنان قيمته، بخلاف التدبير فإنه لا يحول بل تنقص ماليته. فتح. قوله: (على الشهود) قال في البحر بعد نقله ذلك عن المحيط: وبه علم أن ما في فتح القدير من أن الولاء للذين شهدوا عليه بالكتابة سهو اهـ. قوله: (وورثاه) أي: المشهود عليه لو كانا وارثين له. قوله: (لا شهود الأصل إلخ) قال المصنف في وجهه: لأنهم أنكروا: أي: شهود الأصل السبب وهو الإشهاد وذلك لا يبطل القضاء لأنه خبر يحتمل الصدق والكذب فصار كرجوع الشاهد بعد القضاء لا ينقض به الشهادة لهذا، بخلاف ما إذا أنكروا الإشهاد قبل القضاء لا يقضي بشهادة الفرعين كما إذا رجعوا قبله. فتح. قوله: (فلا ضمان) لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع. منح. قوله: (وضمن المزكون) قال في البحر: وأطلق ضمانهم فشمل الدية لو زكوا شهود الزنى فرجم فإذا الشهود عبيد أو مجوس فالدية على المزكين عنده. قوله: (بكونهم عبيداً) بأن قالوا: علمنا أنهم عبيد ومع ذلك زكيناهم، وقيل الخلاف فيما إذا أخبر

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (في القصاص الدية إلخ) هذا إذا رجعا بعد القصاص كما يفهمه ما في «الدرر» بقوله يعني إذا شهدا أن زيداً قتل بكراً، فاقتص من زيد ثم رجعا تجب الدية عندنا، ويفيده أيضاً ما ذكره في «الفتاوى الهندية» بقوله: ثلاثة شهدوا بالقتل العمد فقضى، فقطع الولي يده ثم رجع واحد، فقطع رجله، ثم رجع آخر بطل القود على عامة الروايات اهـ. وذكر المقدسي: لو قطع الولي يده فرجع واحد، فقطع رجله، فرجع آخر لم يكن للولي قتله لأنه عقوبة، والإمضاء فيه من القضاء كالحد اهـ. وهي حادثة الفتوى أجبت فيها بذلك، وقد خالف فيها بعض علماء العصر ثم رجع.

فلا) إجماعاً. بحر **(وضمن شهود التعليق)** قيمة القن ونصف المهر لو قبل الدخول **(لا شهود الإحصان)** لأنه شرط بخلاف التزكية لأنها عِلة **(والشرط)** ولو وحدهم على الصحيح. عيني. قال: وضمن شاهدا الإيقاع لا التفويض لأنه علة والتفويض سبب اهـ.

المزكون بالحرية بأن قالوا: هم أحرار، أما إذا قالوا: هم عدول فبانوا عبيداً لا يضمنون إجماعاً، لأن العبد قد يكون عدلاً. جوهرة. **قوله: (أما مع الخطأ)** بأن قال: أخطأت في التزكية. **قوله: (وضمن شهود التعليق)** قال في البحر: لأنهم شهود العلة، إذ التلف يحصل بسببه وهو الإعتاق والتطليق وهم أثبتوه وأطلقه فشمل تعليق العتق والطلاق، فيضمن في الأول القيمة وفي الثاني نصف المهر إن كان قبل الدخول. كذا في الهامش. **قوله: (والشرط)** اعلم أن الشرط عند الأصوليين ما يتوقف عليه الوجود وليس بمؤثر في الحكم ولا مفض إليه، والعلة هي المؤثرة في الحكم والسبب هو المفضي إلى الحكم بلا تأثير، والعلامة ما دل على الحكم وليس الوجود متوقفاً عليه، وبهذا ظهر أن الإحصان شرط كما ذكر الأكثر لتوقف وجوب الحد عليه. منح. كذا في الهامش. **قوله: (شاهدا الإيقاع)** قال في منية المفتي: شهدا على أنه أمر امرأته أن تطلق نفسها وآخران أنها طلقت نفسها وذلك قبل الدخول ثم رجعا فالضمان على شهود الطلاق لأنهما أثبتا السبب والتفويض شرط كونه سبباً. بحر. كذا في الهامش. **قوله: (لا التفويض)** أي: تفويض الطلاق إلى المرأة أو تفويض العتق إلى العبد وشهد آخران أنها طلقت وأن العبد عتق إلخ. شمني مدني.

٢٤ ــ كِتَابُ الْوَكَالَةِ

مناسبته أن كلاً من الشاهد والوكيل ساع في تحصيل مراد غيره (التوكيل صحيح) بالكتاب والسنة، قال تعالى: ﴿فابعثوا أحدكم بورقكم﴾[1] ....

كِتَابُ الوَكَالَةِ

قوله: (التوكيل صحيح) لم يذكر ما يصير به وكيلاً[1] ولا الفرق بين الوكيل والرسول، وحررته في بيوع تنقيح الحامدية. قال مجرد هذه الحواشي: ذكر المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ في الحامدية في الخيارات سؤالاً طويلاً وذيله بالفرق، وها أنا أذكر السؤال من أصله تتميماً للفائدة.

قال رَحِمَهُ اللَّهُ: سئل في رجل اشترى من آخر نصف أغنام معلومة ولم يرها ووكل زيداً بقبضها ورآها زيد ويزعم الرجل أن له خيار الرؤية إذا رآها، وإن رآها وكيله بالقبض فهل نظر الوكيل بالقبض مسقط خيار رؤية الموكل؟ الجواب: نعم، وكفى رؤية وكيل قبض ووكيل شراء لا رؤية رسول المشتري. تنوير من خيار الرؤية. ونظر الوكيل بالقبض: أي: قبض المبيع مسقط عند أبي حنيفة خيار رؤية الموكل كالوكيل بالشراء: يعني كما أن نظر الوكيل بالشراء يسقط خياره. وقالا: هو كالرسول: يعني نظر الوكيل بالقبض كنظر الرسول في أنه لا يسقط الخيار، قيد بالوكيل بالقبض لأنه لو وكل رجلاً بالرؤية لا تكون رؤيته كرؤية الموكل اتفاقاً. كذا في الخانية إلخ ما ذكره الشارح ابن ملك، والمسألة في المتون وأطال فيها في البحر فراجعه. وصورة التوكيل بالقبض: كن وكيلاً عني بقبض ما اشتريته وما رأيته. كذا في الدرر.

(1) قال الرافعي: قوله: (لم يذكر ما يصير به وكيلاً إلخ) في «البزازية» أول القضاء: السلطان إذا قلده القضاء فرده مشافهة، ثم قبل لا يصح، وإن بعث منشوراً أو أرسل إليه فرده، ثم قبل إن قبل بلوغ الرد إلى السلطان يصح القبول لا بعد بلوغ الرد إليه، وكذا الوكيل يرد الوكالة ثم يقبل، وكذا كتبت المرأة إلى رجل: إني زوجت نفسي منك فبلغ الكتاب إليه فرده ثم قبل والرسالة كالكتابة اهـ.

(١) سورة: الكهف (١٨)، الآية: ١٩.

«ووكل عليه الصلاة والسلام حكيم بن حزام بشراء أضحية»[١]، وعليه الإجماع،

أقول: ولم يذكر الفرق بين الوكيل والرسول وهو لازم. قال في البحر: وفي المعراج: قيل الفرق بين الرسول والوكيل أن الوكيل لا يضيف العقد إلى الموكل والرسول لا يستغني عن إضافته إلى المرسل. وفي الفوائد: صورة التوكيل أن يقول المشتري لغيره: كن وكيلاً في قبض المبيع أو وكلتك بقبضه. وصورة الرسول أن يقول: كن رسولاً عني في قبضه أو أرسلتك لتقبضه أو قل لفلان: أن يدفع المبيع إليك؛ وقيل لا فرق بين الرسول والوكيل في فصل الأمر، بأن قال: اقبض المبيع فلا يسقط الخيار اهـ كلام البحر. وكتبت فيما علقته عليه أن قوله: «وفي الفوائد إلخ» لا ينافي ما قبله، لأن الأول في الفرق بين الرسول والوكيل، فالرسول لا بد له من إضافة العقد إلى مرسله، لما مر عن الدرر من أنه معبر وسفير، بخلاف الوكيل فإنه لا يضيف العقد إلى الموكل إلا في مواضع كالنكاح والخلع والهبة والرهن ونحوها، فإن الوكيل فيها كالرسول، حتى لو أضاف النكاح لنفسه كان له، وما في الفوائد بيان لما يصير به الوكيل وكيلاً والرسول رسولاً.

وحاصله: أنه يصير وكيلاً بألفاظ الوكالة، ويصير رسولاً بألفاظ الرسالة وبالأمر، لكن صرح في البدائع أن افعل كذا[(1)] وأذنت لك أن تفعل كذا توكيل، ويؤيده ما في الولوالجية: دفع له ألفاً وقال: اشتر لي بها أو بع أو قال: اشتر بها أو بع ولم يقل لي كان توكيلاً، وكذا اشتر بهذا الألف جارية، وأشار إلى مال نفسه، ولو قال: اشتر هذه الجارية بألف درهم كان مشورة والشراء للمأمور إلا إذا زاد على أن أعطيك لأجل شرائك درهماً، لأن اشتراط الأجر له يدل على الإنابة اهـ. وأفاد أنه ليس كل أمر توكيلاً، بل لا بد مما يفيد كون فعل المأمور بطريق النيابة عن الآمر فليحفظ اهـ. هذا جميع ما كتبه نقلته، وبالله التوفيق. قوله: (ووكل عليه الصلاة والسلام إلخ) رواه أبو داود بسند فيه مجهول، ورواه الترمذي عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم وقال: لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبيب لم يسمع عندي من حكيم، إلا أن هذا داخل في الإرسال عندنا فيصدق قول المصنف: أي: صاحب الهداية صح إذ كان حبيب إماماً ثقة. فتح. ....

(1) قال الرافعي: قوله: (لكن صرح في «البدائع» أن افعل كذا إلخ) ما ذكره في البحر من أنه يصير رسولاً بالأمر إنما هو أمر مخصوص، وهو قوله: قل لفلان إلخ لا في كل أمر، فلا يرد عليه ما في «البدائع» و«الولوالجية»، ثم رأيت في «البزازية»: وكله بتقاضي الديون، ثم قال: وكل من شئت بذلك له أن يعزله ولو وكله به ثم قال: وكل فلاناً ليس له أن يعزله لأنه رسول في حقه لما سماه باسمه، ولو قال: وكل فلاناً إن شئت ملك عزله لأن المتصرف بمشيئته مالك لا رسول اهـ.

(١) رواه أبو داود في كتاب: البيوع، باب: في المضارب يخالف (الحديث: ٣٣٨٦). ورواه الترمذي في كتاب: البيوع، باب: رقم ٣٤.
انظر جامع الأصول: ١١/٤٧٠ (٩٢٧٢).

وهو خاص وعام كأنت وكيلي في كل شيء عم الكل حتى الطلاق ـ قال الشهيد: وبه

قوله: (كأنت وكيلي في كل شيء) نقل في الشرنبلالية وغيرها عن قاضيخان، لو قال لغيره: أنت وكيلي في كل شيء أو قال: أنت وكيلي بكل قليل وكثير يكون وكيلاً بحفظ لا غير هو الصحيح، ولو قال: أنت وكيلي في كل شيء جائز أمرك يصير وكيلاً في جميع التصرفات المالية كبيع وشراء وهبة وصدقة.

واختلفوا في طلاق وعتاق ووقف، فقيل يملك ذلك لإطلاق تعميم اللفظ، وقيل لا يملك ذلك إلا إذا دل دليل سابقة الكلام ونحوه وبه أخذ الفقيه أبو الليث اهـ. وبه يعلم ما في كلام الشارح سابقاً ولاحقاً، فتدبر. ولابن نجيم رسالة سماها «المسألة الخاصة في الوكالة العامة»[١] ذكر فيها ما في الخانية وما في فتاوى أبي جعفر. ثم قال: وفي البزازية: أنت وكيلي في كل شيء جائز أمرك[1] ملك الحفظ والبيع والشراء ويملك الهبة والصدقة حتى إذا أنفق على نفسه من ذلك المال جاز حتى يعلم خلافه من قصد الموكل. وعن الإمام تخصيصه بالمعاوضات، ولا يلي العتق والتبرع، وعليه الفتوى، وكذا لو قال: طلقت امرأتك ووهبت ووقفت أرضك في الأصح لا يجوز اهـ. وفي الذخيرة إنه توكيل بالمعاوضات لا بالإعتاق والهبات، وبه يفتى اهـ.

وفي الخلاصة كما في البزازية: والحاصل: أن الوكيل وكالة عامة يملك كل شيء إلا الطلاق والعتاق والوقف والهبة والصدقة على المفتى به، وينبغي أن لا يملك الإبراء والحط عن المديون لأنهما من قبيل التبرع فدخلا تحت قول البزازي أنه لا يملك التبرّع، وظاهره أنه يملك التصرف في مرة بعد أخرى، وهل له الإقراض والهبة بشرط العوض؟ فإنهما بالنظر إلى الابتداء تبرع، فإن القرض عارية ابتداء معاوضة انتهاء، والهبة بشرط العوض هبة ابتداء معاوضة انتهاء، وينبغي أن لا يملكهما الوكيل بالتوكيل العام لأنه لا يملكهما إلا من يملك التبرعات، ولذا لا يجوز إقراض الوصيّ مال اليتيم ولا هبته بشرط العوض وإن كانت معاوضة في الانتهاء، وظاهر العموم: أنه يملك قبض الدين[2] واقتضاءه وإيفاءه والدعوى بحقوق الموكل وسماع الدعوى بحقوق على

(1) قال الرافعي: قوله: (أنت وكيلي في كل شيء جائز أمرك إلخ) قال في «تتمة الفتاوى» أنت وكيلي في كل شيء فهو وكيل بالحفظ، ولو زاد جائز أمرك فهو وكيل فيه وبالبيع وغير ذلك لأنه فوض إليه التصرف عاماً، فصار كما لو قال: ما صنعت من شيء فهو جائز فيملك أنواع التصرفات اهـ، ومن تعليل المسألة يعلم حكم ما لو قال: أنت وكيلي في كل شيء وكالة عامة مفوّضة، وأنه حكم ما لو قال: فيها جائز أمرك.

(2) قال الرافعي: قوله: (وظاهر العموم أنه يملك قبض الدين إلخ) لا يظهر هذا على عبارة قاضيخان، وإنما يظهر على عبارة غيره.

(١) رسالة المسألة الخاصة في الوكالة العامة: لابن نجيم زين العابدين المصري المتوفى سنة ٩٧٠ هـ. انظر: كشف الظنون: ٢/ ١٦٦١.

يفتى، وخصه أبو الليث بغير طلاق وعتاق ووقف، واعتمده في الأشباه، وخصه قاضيخان بالمعاوضات، فلا يلي العتق والتبرعات وهو المذهب كما في تنوير البصائر وزواهر الجواهر، وسيجيء أن به يفتى، واعتمده في الملتقط فقال: وأما الهبات والعتاق فلا يكون وكيلاً عند أبي حنيفة خلافاً لمحمد.

وفي الشرنبلالية: ولو لم يكن للموكل صناعة معروفة فالوكالة باطلة **(وهو إقامة الغير مقام نفسه)** ترفهاً أو عجزاً **(في تصرف جائز معلوم، فلو جهل ثبت الأدنى وهو الحفظ ممن يملكه)** أي: التصرف نظراً إلى أصل التصرف، وإن امتنع في بعض الأشياء بعارض النهي. ابن كمال **(فلا يصح توكيل مجنون وصبي لا يعقل مطلقاً وصبي يعقل بـ)** تصرف ضارّ **(نحو طلاق وعتاق وهبة وصدقة وصح بما ينفعه)** بلا إذن وليه ....

الموكل والأقارير على الموكل بالديون، ولا يختص بمجلس القاضي لأن ذلك في الوكيل بالخصومة لا في العام.

فإن قلت: لو وكله بصيغة وكلتك وكالة مطلقة عامة فهل يتناول الطلاق والعتاق والتبرعات؟ **قلت:** لم أره صريحاً، والظاهر أنه لا يملكها على المفتى به لأن من الألفاظ ما صرح قاضيخان وغيره بأنه توكيل عام ومع ذلك قالوا: بعدمه اهـ ما ذكره ابن نجيم في رسالته ملخصاً. وقد ساقها الفتال في حاشيته برمتها. **قوله: (وفي الشرنبلالية)** عبارتها نقلاً عن الخانية: وفي فتاوى الفقيه أبو جعفر: رجل قال لغيره: وكلتك في جميع أموري وأقمتك مقام نفسي لا تكون الوكالة عامة، ولو قال: وكلتك في جميع أموري التي يجوز بها التوكيل كانت الوكالة عامة تتناول البياعات والأنكحة. وفي الوجه الأول إذا لم تكن عامة ينظر: إن كان الرجل يختلف ليس له صناعة معروفة[1] فالوكالة باطلة، وإن كان الرجل تاجراً تجارة معروفة تنصرف إليها اهـ.

وبه يعلم ما في كلام الشارح، إذ صورة البطلان ليست في قوله: أنت وكيلي في كل شيء كما بنى عليه الشارح هذه العبارات بل في غيرها وهي وكلتك في جميع أموري إلخ، إلا أن يقال: هما سواء في عدم العموم ولكن مبنى كلامه على أن ما ذكره عام، ولكنك قد علمت ما فيه مما نقلناه سابقاً أن ما ذكره ليس مما الكلام فيه اهـ. **قوله: (فلو جهل)** كما لو قال: وكلتك بمالي. منح. **قوله: (نظراً إلى أصل التصرف إلخ)** جواب عما رد على هذا الشرط وهو توكيل المسلم ذمياً ببيع خمر أو خنزير وتوكيل المحرم حلالاً ببيع الصيد لأنه صحيح عنده ولا يملكه الموكل س. **قوله: (فلا يصح توكيل مجنون)** مصدر مضاف للفاعل. **قوله: (بتصرف)** متعلق بتوكيل. **قوله:**

(1) قال الرافعي: قوله: (ليس له صناعة معروفة) تفسير لما قبله، والقصد أن معاملاته مختلفة.

(كقبول هبة و) صح (بما تردد بين ضرر ونفع كبيع وإجارة إن مأذوناً وإلا توقف على إجازة وليه) كما لو باشره بنفسه (ولا يصح توكيل عبد محجور. وصح لو مأذوناً أو مكاتباً، وتوقف توكيل مرتد، فإن أسلم نفذ، وإن مات أو لحق أو قتل لا) خلافاً لهما (و) صح (توكيل مسلم ذمياً ببيع خمر أو خنزير) وشرائهما كما مر في البيع الفاسد (ومحرم حلالاً ببيع صيد وإن امتنع عنه الموكل لعارض) النهي كما قدمنا، فتنبه.

ثم ذكر شرط التوكيل فقال (إذا كان الوكيل يعقل العقد ولو صبياً أو عبداً محجوراً) لا يخفى أن الكلام الآن في صحة الوكالة لا في صحة بيع الوكيل فلذا لم يقل ويقصده تبعاً للكنز.

(إن مأذوناً) أي: إن كان الصبي الموكل مأذوناً. قوله: (توكيل عبد) مضاف لفاعله. قوله: (توكيل مرتد) بخلاف توكله عن غيره كما سنذكره. قوله: (وإن امتنع عنه الموكل إلخ) ومثله ما لو اشترى عبداً شراء فاسداً وأعتقه قبل قبضه لا يصح، ولو أمر البائع بإعتاقه يصح لأنه يصير قابضاً اقتضاء كما قدمه في البيع الفاسد. قوله: (فتنبه) أشار به إلا أنه لا تنافي بين كلاميه كما قدمه. قوله: (ثم ذكر) عطف على محذوف: أي: ذكر شرط الموكل به والموكل، ثم ذكر الخ. تأمل. قوله: (يعقل العقد) أي: يعقل أن البيع سالب للمبيع جالب للثمن وأن الشراء بالعكس ح. وفي البحر: وما يرجع إلى الوكيل فالعقل فلا يصح توكيل مجنون وصبي لا يعقل لا البلوغ والحرية وعدم الردة، فيصح توكيل المرتد ولا يتوقف لأن المتوقف ملكه والعلم للوكيل بالتوكيل، فلو وكله ولم يعلم فتصرف توقف على إجازة الموكل أو الوكيل بعد علمه اهـ. قوله: (ولو صبياً) قال في جامع أحكام الصغار: فإن كان الصبي مأذوناً في التجارة فصار وكيلاً بالبيع بثمن حالّ أو مؤجل فباع جاز بيعه ولزمته العهدة، وإن كان وكيلاً بالشراء: فإن كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياساً واستحساناً وتكون العهدة على الآمر حتى أن البائع يطالب الآمر بالثمن دون الصبي، وإن وكّله بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا تلزمه العهدة. وفي الاستحسان: تلزمه اهـ فتال. وتمامه في البحر في شرح قوله: «والحقوق فيما يضيفه الوكيل إلى نفسه إلخ. فراجعه. قوله: (محجوراً) صفة للصبي والعبد. كذا في الهامش. قوله: (فلذا لم يقل ويقصده) أي: البيع احترازاً عن بيع الهازل والمكره كما ذكره صاحب الهداية[1]. كذا في الهامش. قوله: (تبعاً للكنز) أي: حال كونه تابعاً في عدم القول للكنز، وذكره صاحب الهداية محترزاً به عن بيع الهازل والمكره ح. ....

---

(1) قال الرافعي: قوله: (كما ذكره صاحب «الهداية») عبارتها: ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده اهـ.

ثم ذكر ضابط الموكل فيه فقال: (بكل ما يباشره) الموكل (بنفسه) لنفسه فشمل الخصومة فلذا قال: (فصح بخصومة في حقوق العباد برضا الخصم) وجوازه بلا رضاه، وبه قالت الثلاثة، وعليه فتوى أبي الليث وغيره، واختاره العتابي، وصححه في النهاية، والمختار للفتوى تفويضه للحاكم. درر (إلا أن يكون) الموكل (مريضاً) لا يمكنه حضور مجلس الحكم بقدميه. ابن كمال (أو غائباً مدة سفر أو مريداً له)

قوله: (ثم ذكر ضابط الموكل فيه) أي: ما ذكره المصنف ضابط لا حد، فلا يرد عليه أن المسلم لا يملك بيع الخمر ويملك توكيل الذمي به، لأن إبطال القواعد بإبطال الطرد لا العكس، ولا يبطل طرده عدم توكيل الذمي مسلماً ببيع خمره، وهو يملكه لأنه يملك التوصل به بتوكيل الذمي به فصدق الضابط لأنه لم يقل كل عقد يملكه يملك توكيل كل أحد به بل التوصل به في الجملة. وتمامه في البحر. قوله: (بكل) متعلق بقول الماتن أول الباب: التوكيل صحيح لنفسه أخرج الوكيل فإنه لا يوكل مع أنه يباشر بنفسه. قوله: (فشمل الخصومة) تفريع على قوله: بكل ما يباشره، وهو أولى من قول الكنز بكل ما يعقد لشموله العقد وغيره كما في البحر: أي: كالخصومة والقبض. قوله: (فصح بخصومة) شمل بعضاً معيناً وجميعها كما في البحر: وفيه عن منية المفتي، ولو وكله في الخصومة له لا عليه، فله إثبات ما للموكل فلو أراد المدعى عليه الدفع لم يسمع.

قال: فالحاصل أنها تتخصص بتخصيص الموكل وتعمم بتعميمه. وفي البزازية: ولو وكله بكل حقه هو له وبخصومته في كل حق له ولم يعين المخاصم به والمخاصم فيه جاز[1] اهـ. وتمامه فيه. قوله: (برضا الخصم) شمل الطالب والمطلوب. بحر. قوله: (وجوزاه إلخ) قال في الهداية: لا خلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم: يعني هل ترتد الوكالة برد الخصم؟ عند أبي حنيفة نعم، وعندهما لا ويجبر. جوهرة. قوله: (وعليه فتوى أبي الليث) أفتى الرملي بقول الإمام الذي عليه المتون واختاره غير واحد.

قوله: (تفويضه للحاكم) بحث فيه في البزازية[2]، فانظر ما في البحر. وفي الزيلعي: أي: أن القاضي إذا علم من الخصم التعنت في الإباء عن قبول التوكيل لا يمكنه من ذلك، وإن علم من الموكل قصد الإضرار لخصمه لا يقبل منه التوكيل إلا برضا اهـ. قوله: (لا يمكنه حضور مجلس الحكم) وإن قدر على الحضور على ظهر الدابة أو ظهر إنسان، فإن ازداد مرضه بذلك لزم توكيله، فإن لم يزد قيل على الخلاف والصحيح لزومه كذا في البزازية. بحر. ....

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ولم يعين المخاصم به والمخاصم فيه) الفرق بينهما أن المخاصم به ما وقعت المخاصمة بسببه كالبيع والإجارة، والمخاصم فيه هو المال المتنازع فيه تأمل.

(2) قال الرافعي: قوله: (بحث فيه في «البزازية») بأن التفويض لقضاة العهد فساد.

ويكفي قوله: أنا أريد السفر[1]. ابن كمال (أو مخدرة) لم تخالط الرجال كما مر (أو حائضاً) أو نفساء (والحاكم بالمسجد) إذا لم يرض الطالب[2] بالتأخير. بحر (أو محبوساً من غير حاكم) هذه (الخصومة) فلو منه فليس بعذر. بزازية بحثاً (أو لا يحسن الدعوى) خانية (لا) يكون من الأعذار (إن كان) الموكل شريفاً خاصم من دونه بل الشريف وغيره سواء. بحر (وله الرجوع عن الرضا قبل سماع الحاكم الدعوى) لا بعده. قنية (ولو اختلفا في كونها مخدرة إن من بنات الأشراف فالقول لها مطلقاً) ولو ثيباً فيرسل أمينه ليحلفها مع شاهدين. بحر. وأقره المصنف (وإن من الأوساط فالقول لها لو بكراً، وإن) هي (من الأسافل فلا في الوجهين) عملاً بالظاهر.

قوله: (ويكفي قوله: أنا أريد السفر) قال في البحر: وفي المحيط: وإرادة السفر أمر باطني فلا بد من دليلها، وهو إما تصديق الخصم بها أو القرينة الظاهرة، ولا يقبل قوله: إني أريد السفر، لكن القاضي ينظر في حاله وفي عدته فإنه لا يخفى هيئة من يسافر. كذا ذكره الشارح. وفي البزازية: وإن قال: أخرج بالقافلة الفلانية سألهم عنه كما في فسخ الإجارة. وفي خزانة المفتين: وإن كذبه الخصم في إرادته السفر يحلفه القاضي بالله إنك تريد السفر اهـ. قوله: (إذا لم يرض الطالب) قال في الجوهرة: إن كانت هي طالبة قبل منها التوكيل بغير رضا الخصم، وإن كانت مطلوبة إن أخرها الطالب حتى يخرج القاضي من المسجد لا يقبل منها التوكيل بغير رضا الخصم الطالب لأنه لا عذر لها إلى التوكيل اهـ. قوله: (بزازية بحثاً) عبارتها: وكونه محبوساً من الأعذار يلزمه توكيله، فعلى هذا لو كان الشاهد محبوساً له أن يشهد على شهادته. قال القاضي: إن في سجن القاضي لا يكون عذراً لأنه يخرجه حتى يشهد ثم يعيده، وعلى هذا يمكن أن يقال في الدعوى أيضاً كذلك بأن يجيب عن الدعوى ثم يعاد اهـ.

قلت: ولا يخفى أنه مفهوم عبارة المصنف، وهي ليست من عنده بل واقعة في كلام غيره والمفاهيم حجة، بل صرح به في الفتح حيث قال: ولو كان الموكل محبوساً فعلى وجهين: إن كان في حبس هذا القاضي لا يقبل التوكيل بلا رضاه، لأن القاضي يخرجه من السجن ليخاصم ثم يعيده، وإن كان في حبس الوالي ولا يمكنه الوالي من الخروج للخصومة يقبل منه التوكيل اهـ.
قوله: (وله) أي: المدعى عليه[3]. قوله: (فيرسل أمينه) أي: القاضي. قوله: (فالقول لها) أي: إذا وجب عليها يمين. قوله: (في الوجهين) أي: فيما إذا كانت بكراً أو ثيباً. ....

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (ويكفي قوله: أنا أريد السفر) ظاهره أنه يكفي وإن لم ينضم له شيء، وهو ظاهر ما في «الخزانة» أيضاً إلا أن يفيد أنه لا يقبل قوله إلا باليمين.
(2) قال الرافعي: قول الشارح: (إذا لم يرض الطالب إلخ) يظهر صحة جعله قيداً في الكل.
(3) قال الرافعي: قوله: (أي: المدعى عليه) أو المدعي.

بزازية (و) صح (بإيفائها و) كذا بـ(ـاستيفائها إلا في حد وقود) بغيبة موكله عن المجلس. ملتقى (وحقوق عقد لا بد من إضافته) أي: ذلك العقد (إلى الوكيل كبيع وإجارة وصلح[1] عن إقرار يتعلق به) ما دام حياً ولو غائباً. ابن ملك (إن لم يكن محجوراً[2]

قوله: (وصح بإيفائها) أي: حقوق العباد، أي: يصح التوكيل بإيفاء جميع الحقوق واستيفائها إلا في الحدود والقصاص لأن كلاً منهما يباشره بنفسه فيملك التوكيل به، بخلاف الحدود والقصاص فإنها تندرىء بالشبهات، والمراد بالإيفاء هنا دفع ما عليه وبالاستيفاء القبض. منح. قوله: (إلا في حد وقود) استثناء من قوله: «وبإيفائها واستيفائها» وقوله: (بغيبة موكله) قيد للثاني فقط كما نبه عليه في البحر، وقوله: قبله: «باستيفائها» أي: وكذا بإثباتها بالبينة عند الإمام أبي حنيفة خلافاً لأبي يوسف، ولم يصرح به هنا لدخوله في قوله: فصح بخصومة كما في البحر. قوله: (يتعلق به) أي: بالوكيل. منح. قوله: (ما دام حياً ولو غائباً) فإذا باع وغاب لا يكون للموكل قبض الثمن كما في البحر عن المحيط، وقوله: «ما دام حياً» عزاه في البحر إلى الصغرى، ولكن قال بعده: وشمل ما إذا مات، لما في البزازية: إن مات الوكيل عن وصيّ قال الفضلي: تنتقل الحقوق إلى وصيه لا الموكل، وإن لم يكن وصيّ يرفع إلى الحاكم ينصب وصياً عند القبض وهو المعقول. وقيل ينتقل إلى موكله[3] ولاية قبضه فيحتاط عند الفتوى اهـ.

ثم قال في البحر بعد ورقة ونصف: والوكيل بالشراء إذا اشترى بالنسيئة فمات الوكيل حلّ

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (وصلح) إذا كان فيه معنى المعاوضة لا الإبراء.

(2) قال الرافعي: قول المصنف: (إن لم يكن محجوراً) مفهومه أنه إن كان مأذوناً تتعلق الحقوق به مع أن فيه تفصيلاً ذكره في وكالة جامع أحكام الصغار، ونصه: فإن كان مأذوناً له بالتجارة فإن كان وكيلاً بالبيع بثمن حال أو مؤجل لزمته العهدة، وإن كان وكيلاً بالشراء إما أن يكون بثمن حال أو مؤجل، فإن كان بثمن مؤجل لا تلزمه قياساً واستحساناً، وتكون العهدة على الآمر لأن ما يلزمه من العهدة في هذه الصورة ضمان كفالة لا ضمان ثمن، لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري، وإنما هذا يلتزم مالاً في ذمته ويستوجب مثله بذلك على موكله، وما هذا إلا معنى الكفالة والمأذون له يلزمه ضمان الثمن لا الكفالة، وإن وكله بالشراء بالثمن الحال فالقياس أن لا يلزمه العهدة، وفي الاستحسان يلزمه لأن ضمان الثمن وإن كان لا يفيد الملك في المشتري إلا أن الصبي هنا يلتزم من الضمان بملك المشتري من حيث الحكم والاعتبار، فإنه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل، كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه، بخلاف ما إذا كان مؤجلاً لأنه بما يضمن من الثمن لا يملك المشترى لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم، فإنه لا يملك حبسه بذلك وإن كان ضمان كفالة من حيث المعنى إلخ، وذكره في «العناية» و«الفتح» أيضاً.

(3) قال الرافعي: قوله: (وقيل: ينتقل إلى موكله إلخ) قال الطرابلسي: وهذا أولى عندي أن يفتى به في زماننا لأن الرفع إلى الحاكم لا يخلو عن مغرم مالي اهـ. سندي.

كتسليم مبيع وقبضه وقبض ثمن ورجوع به عند استحقاقه وخصومة في عيب بلا فصل بين حضور موكله وغيبته) لأنه العاقد حقيقة وحكماً[1]، لكن في الجوهرة: لو حضرا فالعهدة على آخذ الثمن[2] لا العاقد في أصح الأقاويل، ولو أضاف العقد إلى الموكل تتعلق الحقوق بالموكل اتفاقاً، ابن ملك. فليحفظ، فقوله لا بد فيه ما فيه، ولذا قال ابن الكمال: يكتفي بالإضافة إلى نفسه فافهم.

(وشرط الموكل عدم تعلق الحقوق به) أي: بالوكيل (لغو) باطل. جوهرة

عليه الثمن ويبقى الأجل في حق الموكل، وجزمه هنا[3] يدل على أن المعتمد في المذهب ما قال: إنه المعقول، وقد أفتيت به بعد ما أحتطت كما قال فيما سبق اهـ. قوله: (إن لم يكن) أي: الوكيل. قوله: (محجوراً) فإن كان محجوراً كالعبد والصبي المحجورين فإنهما إذا عقدا بطريق الوكالة تتعلق حقوق عقدهما بالموكل[4]. قوله: (كتسليم مبيع) بيان لحقوق العقد. قوله: (ورجوع به عند استحقاقه) شامل لمسألتين:

الأولى: ما إذا كان الوكيل بائعاً وقبض الثمن من المشتري ثم استحق المبيع فإن المشتري يرجع بالثمن على الوكيل، سواء كان الثمن باقياً في يده أو سلمه إلى الموكل وهو يرجع على موكله.

الثانية: ما إذا كان مشترياً فاستحق المبيع من يده فإنه يرجع بالثمن على البائع دون موكله. وفي البزازية: المشتري من الوكيل باعه من الوكيل ثم استحق من الوكيل رجع الوكيل على المشتري منه وهو على الوكيل والوكيل على الموكل، وتظهر فائدته عند اختلاف الثمن اهـ بحر. قوله: (في عيب) شامل لمسألتين أيضاً: أما إذا كان بائعاً فيرده المشتري عليه، وما إذا كان مشترياً فيرده الوكيل على بائعه، لكن بشرط كونه في يده، فإن سلمه إلى الموكل فلا يرده إلا بإذنه كما سيأتي في الكتاب. بحر. قوله: (ولو أضاف إلخ) رده في البحر فراجعه، فلا يرد اعتراضه على المصنف. وها هنا كلام في حاشية الفتال وحاشية أبي السعود فراجعه، وكذا في نور العين في أحكام الوكالة في الفصل الثالث والثلاثين، وكتبته في هامش البحر. قوله: (يكتفي) أي: من غير لزوم.

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (لأنه العاقد حقيقة وحكماً) لاستغنائه عن إضافة العقد إلى الموكل.

(2) قال الرافعي: قول الشارح: (فالعهدة على آخذ الثمن إلخ) وفي الخلاصة تتعلق بالوكيل، ولو حضر الموكل عند العقد اهـ.

(3) قال الرافعي: قوله: (وجزمه هنا) أي: البزازي فيما نقله عنه في «البحر».

(4) قال الرافعي: قوله: (تتعلق حقوق عقدهما بالموكل) ما لم يعتق فإذا عتق لزمته لا الصبي إذا بلغ اهـ. شرنبلالي وانظر ما فيه عن «التبيين».

(والملك يثبت للموكل ابتداء) في الأصح **(فلا يعتق قريب الوكيل بشرائه ولا يفسد نكاح زوجته به و)** لكن **(هما)** ثابتان **(على الموكل لو اشترى وكيله قريب موكله وزوجته** لأن الموجب للعتق والفساد الملك المستقر **(وفي كل عقد لا بد من إضافته إلى موكله)** يعني لا يستغني عن الإضافة إلى موكله، حتى لو أضافه إلى نفسه لا يصح. ابن كمال **(كنكاح وخلع وصلح عن دم عمد أو عن إنكار وعتق على مال وكتابة وهبة وتصدّق وإعارة وإيداع ورهن وإقراض)** وشركة ومضاربة. عيني **(تتعلق بموكله)** لا به لكونه فيها سفيراً محضاً، حتى لو أضافه لنفسه وقع النكاح له فكان

قوله: (لأن الموجب إلخ) هذا لا يناسب كلام المصنف[1]، بل هو جار على القول الثاني من أنه يثبت للوكيل ابتداء ثم ينتقل إلى الموكل. قوله: (حتى لو أضافه إلى نفسه لا يصح) أي: لا يصح على الموكل فلا ينافي قوله الآتي: «حتى لو أضاف النكاح لنفسه وقع النكاح له» كما ظن. وفي البزازية: الوكيل بالطلاق والعتاق إذا أخرج الكلام مخرج الرسالة بأن قال: إن فلاناً أمرني أن أطلق أو أعتق ينفذ على الموكل لأن عهدتهما على الموكل على كل حال، ولو أخرج الكلام في النكاح والطلاق مخرج الوكالة بأن أضافه إلى نفسه صح إلا في النكاح. والفرق أنه في الطلاق أضافه إلى الموكل معنى لأنه بناء على ملك الرقبة وهي للموكل في الطلاق والعتاق، فأما في النكاح فذمة الوكيل قابلة للمهر حتى لو كان بالنكاح من جانبها وأخرج مخرج الوكالة لا يصير مخالفاً لإضافته إلى المرأة معنى فكأنه قال: ملكتك بضع موكلتي اهـ. قال في البحر: فعلى هذا معنى الإضافة إلى الموكل مختلف، ففي وكيل النكاح من قبل الزوج على وجه الشرط، وفيما عداه على وجه الجواز فيجوز عدمه اهـ. وفي حاشية الفتال عن الأشباه: الوكيل بالإبراء إذا أبرأ ولم يضفه إلى موكله لم يصح. كذا في الخزانة اهـ.

أقول: وظاهر ما في البحر أنه لا تلزم الإضافة إلا في النكاح، وهو مخالف لكلامهم فانظر ما في الدرر وتدبر، وانظر ما علقناه على البحر وراجع أيمان شرح الوهبانية. قوله: (أو عن إنكار) هذا الصلح لا تصح إضافته إلى الوكيل، بخلاف الصلح عن إقرار فإنه تصح إضافته إلى كل منهما، وقد عرفت اختلاف الإضافة في الموضعين فافترق الصلحان في الإضافة. ابن كمال. وفيه رد على صدر الشريعة حيث قال: لا فرق فيهما. قوله: (وهبة وتصدّق) انظر ما حقوق الهبة والصدقة المتعلقة بالموكل[2] قوله: (سفيراً) السفير: الرسول والمصلح بين القوم صحاح. كذا

(1) قال الرافعي: قوله: (هذا لا يناسب كلام المصنف إلخ) بل هو مناسب لكلام المصنف، فإن الملك ثابت للموكل ابتداء على سبيل الاستقرار.

(2) قال الرافعي: قوله: (انظر ما حقوق الهبة والصدقة المتعلقة بالموكل) رأيت في آخر وكالة الزيلعي أن الوكيل بالبيع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة، وأن الوكالة بالهبة تنقضي بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع، ولا يصح تسليمه اهـ. وقال في «العناية»: ليس للوكيل

كالرسول (فلا مطالبة عليه) في النكاح (بمهر وتسليم) للزوجة (وللمشتري الإباء عن دفع الثمن للموكل وإن دفع) له (صح ولو مع نهي الوكيل) استحساناً (ولا يطالبه الوكيل ثانياً) لعدم الفائدة، نعم تقع المقاصة بدين الوكيل لو وحده ويضمنه لموكله، بخلاف وكيل يتيم وصرف. عيني (ومثله) أي: مثل الوكيل عبد (مأذون لا دين عليه مع مولاه) فلا يملك قبض ديونه، ولو قبض صح استحساناً ما لم يكن عليه دين لأنه للغرماء. بزازية.

فرع: التوكيل بالاستقراض باطل لا الرسالة[1]. درر. والتوكيل بقبض القرض صحيح فتنبه.

في الهامش فإنه يضيفهما إلى موكله فإنه يقول: خالعك موكلي بكذا وكذا في أمثاله. ابن ملك مجمع. قوله: (بمهر) أي: إذا كان وكيل الزوج. قوله: (وتسليم) أي: إذا كان وكيلها. قوله: (للموكل) لكونه أجنبياً عن الحقوق لرجوعها إلى الوكيل أصالة. قوله: (نعم تقع المقاصة) فلو كان للمشتري على الموكل تقع المقاصة بمجرد العقد بوصول الحق إليه بطريق التقاصّ، ولو كان له دين عليهما تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل، ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكل لأنه قضى دينه بمال الموكل. وقال أبو يوسف رضي الله عنه: لا تقع المقاصة بدين الوكيل، بخلاف ما إذا باع مال اليتيم ودفع المشتري الثمن إلى اليتيم حيث لا تبرأ ذمته بل يجب عليه أن يدفع الثمن إلى الوصي لأن اليتيم ليس له قبض ماله أصلاً فلا يكون له الأخذ من الدين فيكون الدفع إليه تضييعاً فلا يعتد به، وبخلاف الوكيل في الصرف إذا صارف وقبض الموكل بدل الصرف حيث يبطل الصرف ولا يعتد بقبضه اهـ. عيني. كذا في الهامش. قوله: (بخلاف) متعلق بقوله: وإن دفع له ح، وقوله: «وكيل يتيم» أي: وصيه. قوله: (فلا يملك) أي: المولى. قوله: (بقبض القرض) بأن يقول الرجل: أقرضني ثم يوكل رجلاً بقبضه. بحر عن القنية.

فرع: التوكيل بالإقرار صحيح ولا يكون التوكيل به قبل الإقرار إقراراً من الموكل: وعن الطواويسي معناه: أن يوكل بالخصومة ويقول: خاصم فإذا رأيت لحوق مؤنة أو خوف عار علي فأقرّ بالمدعى يصح إقراره على الموكل. كذا في البزازية، وللشافعية فيها قولان: أصحهما لا

= الرجوع في الهبة، ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض ممن عليه اهـ.

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (التوكيل بالاستقراض باطل لا الرسالة) انظر ما قالوه في الشركة والمضاربة من أن الشريك والمضارب يملكان الاستدانة بالإذن وفي ذلك تصحيح التوكيل بالاستقراض، وانظر ما قاله الزيلعي عند قول «الكنز» ومن ادعى أنه وكيل الغائب بقبض دينه إلخ.

١ ـ بَابُ الْوِكَالَةِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ

الأصل أنها إن عمت أو علمت أو جهلت جهالة يسيرة وهي جهالة النوع المحض كفرس صحت وإن فاحشة وهي جهالة الجنس كدابة بطلت، وإن متوسطة كعبد، فإن بين الثمن أو الصفة كتركي صحت وإلا لا.

(وكله بشراء ثوب هرويّ أو فرس أو بغل صح) بما يتحمله حال الآمر. زيلعي فراجعه ....

يصح. وقدم الشيخ: يعني صاحب البحر في كتاب الشركة في الكلام على الشركة الفاسدة أنه لا يصح التوكيل في المباح وأنه باطل. رملي على البحر. والفرع سيأتي متناً في باب الوكالة بالخصومة، والله أعلم.

بَابُ الْوِكَالَةِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ

قوله: (إن عمت) بأن يقول: ابتع لي ما رأيت لأنه فوّض الأمر إلى رأيه، فأي شيء يشتريه يكون ممتثلاً. درر. وفي البحر عن البزازية: ولو وكله بشراء أيّ ثوب شاء صح، ولو قال: اشتر لي الأثواب لم يذكره محمد، قيل يجوز، وقيل لا؛ ولو أثواباً لا يجوز[1]، ولو ثياباً أو الدواب أو الثياب أو دواب يجوز وإن لم يقدر الثمن.

قوله: (بطلت) أي: وإن بين الثمن. قوله: (متوسطة) أوضحه في النهاية. قوله: (زيلعي) عبارته: لأن الوكيل قادر على تحصيل مقصود الموكل بأن ينظر في حاله ح.

وفي الكفاية: فإن قيل: الحمير أنواع: منها ما يصلح لركوب العظماء، ومنها ما لا يصلح إلا ليحمل عليه. قلنا: هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك يصير معلوماً بمعرفة حال الموكل، حتى قالوا: إن الغازي إذا أمر إنساناً بأن يشتري له حماراً ينصرف إلى ما يركب مثله، حتى لو اشتراه

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ولو أثواباً لا يجوز إلخ) قال في «البحر» ما نصه: وفي «الكافي» فرقوا بين ثياب وأثواب، فقالوا: الأول للجنس والثاني لا، وكأن الفرق مبني على عرفهم اهـ. ويمكن أن يقال: إنه مبني على أن أثواب جمع قلة، لأن أفعالاً من أوزان جموع القلة وهو لما دون العشرة، فلم يدل على العموم بخلاف ثياب فإنه جمع كثرة لا ينحصر فتفاحشت الجهالة اهـ. واعترضه المقدسي بأنه يفهم من تفريعه أن لفظ ثياب لا يصح التوكيل فيها وأثواب يصح لقلته وعدم تفاحش الجهالة، وهو خلاف صريح كلامه وكلام «الخلاصة»، والوجه الوجيه في ذلك أنه إذا ذكر الثياب ونحوها من ألفاظ العموم يكون مفوضاً الأمر إلى الوكيل، فيصح بخلاف ثوب أو أثواب لا يظهر فيها العموم، فيصير شائعاً في جنسه متفاحش الجهالة، فلا يصح، وفي «الخلاصة» إنما ذكر ذلك بعد ذكر البضاعة الدالة على العموم إلى آخر ما ذكره اهـ. والأوجه ما في «الكافي».

(وإن لم يسم) ثمناً لأنه من القسم الأول (وبشراء دار أو عبد جاز إن سمى) الموكل (ثمناً يخصص) نوعاً أولاً. بحر (أو نوعاً كحبشي) زاد في البزازية: أو قدراً ككذا قفيزاً (وإلا) يسم ذلك (لا) يصح وألحق بجهالة الجنس (و) هي ما لو وكله (بشراء ثوب أو دابة لا) يصح وإن سمى ثمناً للجهالة الفاحشة (وبشراء طعام وبين قدره أو دفع ثمنه وقع) في عرفنا (على المعتاد) المهيأ (للأكل) من كل مطعوم يمكن أكله بلا إدام (كلحم مطبوخ أو مشوي) وبه قالت الثلاثة، وبه يفتى. عيني وغيره. اعتباراً للعرف كما في اليمين (وفي الوصية له) أي: لشخص (بطعام يدخل كل مطعوم) ولو دواء به حلاوة كسكنجبين. بزازية.

(وللوكيل الرد بالعيب ما دام المبيع في يده) لتعلق الحقوق به (ولوارثه أو وصيه[1] ذلك بعد موته) موت الوكيل (فإن لم يكونا فلموكله ذلك) أي: الرد

مقطوع الذنب أو الأذنين لا يجوز عليه اهـ. قوله: (القسم الأول) أي: ما فيه جهالة يسيرة وهي جهالة النوع المحض. قوله: (دار أو عبد) جعل الدار كالعبد تبعاً للكنز توافقاً لقاضيخان، لكنه شرط مع بيان الثمن بيان المحلة كما في فتاواه مخالفاً للهداية فإنه جعلها كالثوب لأنها تختلف باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان. وذكر في المعراج أنه مخالف لرواية المبسوط. قال: والمتأخرون قالوا: في ديارنا لا يجوز إلا ببيان المحال. ووفق في البحر بحمل ما في الهداية على ما إذا كانت تختلف في تلك الدار اختلافاً فاحشاً، وكلام غيره على غيره. قوله: (أولاً) بأن كان يوجد بهذا الثمن أنواع. قوله: (وهي) أي: جهالة الجنس. قوله: (بشراء ثوب أو دابة إلخ) أقول: سيأتي متناً في هذا الباب: لو وكله بشراء شيء بغير عينه فالشراء للوكيل إلا إذا نواه للموكل أو شراه بماله: أي: مال الموكل، والظاهر: أنه مقيد بما إذا سمى ثمناً أو نوعاً تأمل، ويكون قوله: بغير عينه مقابلاً لما سمى عينه بعد بيان الجنس. قوله: (في عرفنا) نقلوه عن بعض مشايخ ما وراء النهر. قال في البزازية: وفي عرفنا ما ذكرنا. قال في البحر: ولكن عرف القاهرة على خلافهما، فإن الطعام عندهم للطبيخ بالمرق واللحم. قوله: (بزازية) قال في المنح: بعد قوله: يدخل كل مطعوم كما في البزازية: وفي أيمانها لا يأكل طعاماً فأكل دواء ليس بطعام كالسقمونيا لا يحنث، ولو به حلاوة كالسكنجبين يحنث اهـ. فليتأمل. قوله: (بالعيب) أشار إلى أنه لو رضي بالعيب فإنه يلزمه، ثم الموكل إن شاء قبله وإن شاء ألزم الوكيل، وقبل أن يلزم الوكيل لو هلك يهلك من مال الموكل. كذا في البزازية. وإلى أن الرد عليه لو كان وكيلاً بالبيع فوجد

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (ولوارثه أو وصيه إلخ) ظاهره تساويهما في الرد بدون تقديم الوصي على الوارث.

بالعيب، وكذا الوكيل بالبيع، وهذا إذا لم يسلمه (فلو سلمه إلى موكله امتنع رده إلا بأمره) لانتهاء الوكالة بالتسليم، بخلاف وكيل باع فاسداً فله الفسخ مطلقاً لحق الشرع. قنية. (و) للوكيل (حبس المبيع بثمن دفعه) الوكيل (من ماله أولاً) بالأولى لأنه كالبائع (ولو اشتراه) الوكيل (بنقد ثم أجله البائع كان للوكيل المطالبة به حالاً) وهي الحيلة. خلاصة. ولو وهبه كل الثمن رجع بكله ولو بعضه رجع بالباقي لأنه حط. بحر.

(هلك المبيع من يده قبل حبسه هلك من مال موكله ولم يسقط الثمن) لأن يده كيده (ولو) هلك (بعد حبسه فهو كمبيع) فيهلك بالثمن، وعند الثاني كرهن (ولا اعتبار بمفارقة الموكل) ولو حاضراً كما اعتمده المصنف تبعاً للبحر، خلافاً للعيني وابن ملك ....

المشتري به عيباً ما دام الوكيل عاقلاً من أهل لزوم العهدة، فلو محجوراً فعلى الموكل. بحر.
قوله: (وهذا إلخ) لا حاجة إليه مع قول المتن: «ما دام المبيع في يده» ح. قوله: (مطلقاً) أي: وإن سلمه وقبض الثمن وسلمه إلى الموكل فيسترد الثمن منه بغير رضاه. قوله: (حبس المبيع) الذي اشتراه للموكل منح. قوله: (دفعه) قال في المنح: قيد بقوله: «دفعه» لأنه لو لم يكن دفعه فله الحبس بالأولى، لأنه مع الدفع ربما يتوهم أنه متبرع بدفع الثمن فلا يحبس، فأفاد بالحبس أنه ليس بمتبرع وأن له الرجوع على موكله بما دفعه وإن لم يأمره به صريحاً للإذن حكماً. قوله: (أولاً) أي: لم يدفعه. قوله: (لأنه) تعليل للحبس لا للأولوية. قوله: (بنقد) أي: بثمن حال، فلو بمؤجل تأجل في حق الموكل أيضاً فليس للوكيل طلبه حالاً. بحر. قوله: (كل الثمن) أي: جملة واحدة. قال في البحر: ولو وهبه خمسمائة ثم الخمسمائة الباقية لم يرجع الوكيل على الآمر إلا بالأخرى لأن الأولى حط والثانية هبة. قوله: (فهو كمبيع) عند محمد، وهو قول أبي حنيفة. ابن كمال. قوله: (كرهن) أي: فيهلك بالأقل من قيمته ومن الثمن. وعند زفر كغصب، فإن كان الثمن مساوياً للقيمة فلا اختلاف، وإن كان الثمن عشرة والقيمة خمسة عشر، فعند زفر: يضمن خمسة عشر لكن يرجع الموكل على الوكيل بخمسة وعند الباقين يضمن عشرة، وإن كان بالعكس فعند زفر: يضمن عشرة ويطلب الخمسة من الموكل، وكذا عند أبي يوسف لأن الرهن يضمن بالأقل من قيمته والدين، وعند محمد: يكون مضموناً بالثمن وهو خمسة عشر. ابن كمال. قوله: (وابن ملك) أي: والحدادي نقلاً عن المستصفى، ومشى عليه في درر البحار، وعزاه صاحب النهاية إلى الإمام خواهر زاده.

(بل بمفارقة الوكيل) ولو صبياً (في صرف وسلم فيبطل العقد بمفارقته صاحبه قبل القبض) لأنه العاقد، والمراد بالسلم الإسلام لا قبول السلم لأنه لا يجوز. ابن كمال (والرسول فيهما) أي: الصرف والسلم (لا تعتبر مفارقته بل مفارقة مرسله) لأن الرسالة في العقد لا القبض، واستفيد صحة التوكيل بهما.

(وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى ضعفه بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم) خلافاً لهما والثلاثة. قلنا: إنه مأمور بأرطال مقدرة فينفذ الزائد على الوكيل، ولو شرى مالاً يساوي ذلك وقع للوكيل

واستشكله الزيلعي وصاحب العناية: بأن الوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر. وقال الزيلعي: وإطلاق المبسوط وسائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلاً ولو كان حاضراً، وهذا منشأ ما مشى عليه المصنف تبعاً للبحر، لكن أجاب العيني عن الإشكال بأن الوكيل نائب فإذا حضر الأصيل فلا يعتبر النائب اهـ. وتعقبه الحموي بأن الوكيل نائب في أصل العقد أصيل في الحقوق فلا اعتبار بحضرة الموكل، وبه علمت أن ما ذكره الشارح: أي: العيني في غير محله.

قلت: والذي يدفع الإشكال من أصله[1] ما قدمه الشارح عن الجوهرة من أن العهدة على آخذ الثمن لا العاقد لو حضرا في أصح الأقاويل، وما ذكره العيني[2] وصاحب العناية مبني على القول الآخر من أنه لا عبرة بحضرته وهو ما مشى عليه في المتن سابقاً، فتنبه. قوله: (ولو صبياً) أتى بالمبالغة لأنه محل موهم حيث لا ترجع الحقوق إليه. قوله: (فيبطل العقد إلخ) كذا قاله صاحب الهداية والكافي وسائر المتأخرين. درر هو تفريع على الأصل المذكور. قوله: (بمفارقته) أي: الوكيل. قوله: (صاحبه) وهو العاقد منح. قوله: (والمراد إلخ) قال الزيلعي: وهذا في الصرف مجري على إطلاقه فإنه يجوز التوكيل فيه من الجانبين. وأما في السلم فإنه يجوز بدفع رأس المال فقط، وأما بأخذه فلا يجوز لأن الوكيل إذا قبض رأس المال يبقى المسلم فيه في ذمته وهو مبيع ورأس المال ثمنه، ولا يجوز أن يبيع الإنسان ماله بشرط أن يكون الثمن لغيره كما في بيع العين، وإذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقداً لنفسه فيجب المسلم فيه في ذمته ورأس المال مملوك له، وإذا سلمه إلى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضاً اهـ. قوله: (ضعفه) احترز عن الزيادة القليلة كعشرة أرطال ونصف فإنها لازمة للآمر لأنها تدخل بين الوزنين فلا يتحقق حصول الزيادة. بحر عن غاية البيان. قوله: (خلافاً لهما) فعندهما يلزمه العشرون بدرهم لأنه فعل المأمور

---

(1) قال الرافعي: قوله: (والذي يدفع الإشكال من أصله إلخ) غير دافع للإشكال، فإن ما مشى عليه العيني غير مقيد بما إذا قبض الموكل، بل أعم مما إذا قبض هو أو الوكيل.

(2) قال الرافعي: قوله: (وما ذكره العيني) لعله الزيلعي.

إجماعاً كغير موزون (ولو وكله بشراء شيء بعينه) بخلاف الوكيل بالنكاح إذا تزوجها لنفسه صح. منية. والفرق في الواني (غير الموكل لا يشتريه لنفسه) ولا لموكل آخر بالأولى (عند غيبته حيث لم يكن مخالفاً) دفعاً للغرر (فلو اشتراه بغير النقود أو بخلاف ما سمى) الموكل (له من الثمن وقع) الشراء (للوكيل) لمخالفته أمره وينعزل في ضمن المخالفة. عيني (وإن) بشراء شيء (بغير عينه فالشراء للوكيل

وزاده خيراً. منح. قوله: (كغير موزون) قيد به لأن في القيميات لا ينفذ شيء على الموكل. منح. قوله: (بخلاف إلخ) محل هذا بعد قوله: «لا يشتريه لنفسه» ح. قوله: (والفرق في الواني) ذكره الزيلعي أيضاً.

وحاصله: أن النكاح الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل فينعزل إذا خالف وأضافه إلى نفسه، بخلاف الشراء فإنه مطلق غير مقيد بالإضافة إلى كل أحد اهـ. قوله: (غير الموكل) بالجر صفة شيء مخصصة، وبالنصب استثناء منه أو حال.

قال في المنح: وإنما قيدنا بغير الموكل للاحتراز عما إذا وكل العبد من يشتريه له من مولاه أو وكل العبد بشرائه له من مولاه فاشترى فإنه لا يكون للآمر ما لم يصرح به للمولى أنه يشتريه فيهما للآمر مع أنه وكيل بشراء شيء بعينه كما سيأتي اهـ. وكأن وجه الاحتراز عما ذكره من الصورتين باعتبار احتمال لفظ الموكل لاسم الفاعل واسم المفعول، ولا يخفى ما فيه، فكان الأولى أن يقول: غير الموكل والموكل اهـ. قوله: (لا يشتريه لنفسه) أي: بلا حضوره. باقاني كذا في الهامش. قوله: (بالأولى) أوضحه في البحر. قوله: (دفعاً للغرر) قال الباقاني: لأنه يؤدي إلى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه. ولأن فيه عزل نفسه فلا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل. كذا في الهداية اهـ. هكذا في الهامش. وفيه الوكيل بالبيع لا يملك شراءه لنفسه لأن الواحد لا يكون مشترياً وبائعاً فيبيعه من غيره ثم يشتريه منه، وإن أمره الموكل أنه يبيعه من نفسه أو أولاده الصغار أو ممن لا تقبل شهادته فباع منه جاز. بزازية اهـ حامدية. وإذا وكله أن يشتري له عبداً بعينه بثمن مسمى وقبل الوكالة ثم خرج من عند الموكل وأشهد على نفسه أن يشتريه لنفسه ثم اشترى العبد بمثل ذلك الثمن فهو للموكل. فتاوى هندية. قوله: (فلو اشتراه) تفريع على قوله: «حيث لم يكن مخالفاً». قوله: (بغير النقود) أي: إذا لم يكن الثمن مسمى. قوله: (أو بخلاف) شمل المخالفة في الجنس والقدر، وفيه كلام فانظره في البحر. قوله: (ما سمى) أي: إن كان الثمن مسمى. قوله: (فالشراء للوكيل) المسألة على وجوه كما في البحر.

وحاصلها: أنه إن أضاف العقد إلى مال أحدهما كان المشترى له، وإن أضافه إلى مال مطلق فإن نواه للآمر فهو له، وإن نواه لنفسه فهو له، وإن تكاذبا في النية يحكم النقد إجماعاً، وإن توافقا

إلا إذا نواه للموكل) وقت الشراء **(أو شراه بماله)** أي: بمال الموكل، ولو تكاذبا في النية حكم بالنقد إجماعاً، ولو توافقا أنها لم تحضره فروايتان.

(زعم أنه اشترى عبداً لموكله فهلك وقال موكله: بل شريته لنفسك، فإن) كان العبد **(معيناً وهو حيّ)** قائم **(فالقول للمأمور مطلقاً إجماعاً نقد الثمن أو لا)** لإخباره عن أمر يملك استئنافه **(وإن ميتاً و)** الحال أن **(الثمن منقود فكذلك)** الحكم **(وإلا)** يكن منقوداً **(فالقول للموكل)** لأنه ينكر الرجوع عليه **(وإن)** العبد **(غير معين)** وهو حي أو ميت **(فكذا)** أي: يكون للمأمور **(إن الثمن منقوداً)** لأنه أمين **(وإلا فللآمر)** للتهمة خلافاً لهما **(قال: بعني هذا لعمرو فباعه ثم أنكر الأمر)** أي: أنكر المشتري أن عمراً أمره بالشراء **(أخذه عمرو ولغا إنكاره)** الأمر لمناقضته لإقراره بتوكيله بقوله:

على عدمها فللعاقد عند الثاني وحكم النقد عند الثالث، وبه علم أن محل النية للموكل فيما إذا أضافه إلى مال مطلق سواء نقده من ماله أو من مال الموكل، وكذا قوله: «ولو تكاذبا» وقوله: «ولو توافقا» محله فيما إذا أضافه إلى مال مطلق، لكن في الأول يحكم النقد إجماعاً وفي الثاني على الخلاف السابق إهـ. قوله: (أو شراه) معناه إضافة العقد إلى ماله لا الشراء من ماله[1]. بحر. قوله: (فهلك) الصواب إسقاطه لقوله: «وهو حي» كما في الشرنبلالية، وتبع فيه صاحب الدرر وصدر الشريعة. قوله: (قائم) لا حاجة إليه، ولعله أراد أنه قائم من كل وجه ليحترز به عما إذا حدث به عيب فإنه كالهلاك كما في البزازية. تأمل. قوله: (للمأمور) أي: مع يمينه. يعقوبية. قوله: (وإلا يكن منقوداً) سواء كان العبد حياً أو ميتاً ح. وفيه أن صورة الحيّ مرت وهذه في الميت. قوله: (أي يكون) أي: القول: كذا في الهامش. قوله: (وإلا فللآمر) حاصل المسألة المذكورة علي ثمانية أوجه كما قال الزيلعي، لأنه إما أن يكون مأموراً بشراء عبد بعينه أو بغير عينه، وكل وجه على وجهين: إما أن يكون الثمن منقوداً أو غير منقود. وكل وجه على وجهين: إما أن يكون العبد حياً حين أخبر الوكيل بالشراء أو ميتاً. ثم قال: فحاصله: أن الثمن إن كان منقوداً فالقول للمأمور في جميع الصور، وإن كان غير منقود ينظر: فإن كان الوكيل لا يملك الإنشاء بأن كان ميتاً، فالقول للآمر، وإن كان يملك الإنشاء فالقول للمأمور عندهما، وكذا عند أبي حنيفة في غير موضع التهمة، وفي موضع التهمة القول للآمر. اهـ. قوله: (للتهمة) فإنه يحتمل أنه اشتراه لنفسه، فلما رأى الصفقة خاسرة أراد إلزامه للموكل ح. كذا في الهامش. قوله: (خلافاً لهما) الخلاف فيما إذا كان منكراً حياً والثمن غير منقود فقط ح. كذا في الهامش.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (لا الشراء من ماله) أصله لا النقد من ماله.

بعني لعمرو (إلا أن يقول عمرو: لم آمره به) أي: بالشراء (فلا) يأخذه عمرو لأن إقرار المشتري ارتد. برده (إلا أن يسلمه المشتري إليه) أي: إلى عمرو لأن التسليم على وجه البيع بيع بالتعاطي، وإن لم يوجد نقد الثمن للعرف.

(أمره بشراء شيئين معينين) أو غير معينين إذا نواه للموكل كما مر. بحر (و) الحال أنه (لم يسم ثمناً فاشترى له أحدهما بقدر قيمته أو بزيادة) يسيرة (يتغابن الناس فيها صح) عن الآمر (وإلا لا) إذ ليس للوكيل الشراء بغبن فاحش إجماعاً، بخلاف وكيل البيع كما سيجيء (و) كذا (بشرائهما بألف وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما بنصفه أو أقل صح، و) لو (بالأكثر) ولو يسيراً (لا) يلزم الآمر (إلا أن يشتري الثاني) من المعّينين مثلاً (بما بقي) من الألف (قبل الخصومة) لحصول المقصود، وجوازه إن بقي ما يشتري بمثله الآخر (و) لو أمر رجل مديونه (بشراء شيء) معين (بدين له عليه وعينه أو) عين (البائع صح) وجعل البائع وكيلاً بالقبض دلالة فيبرأ الغريم بالتسليم إليه، بخلاف غير المعين لأن توكيل المجهول باطل، ولذا قال: (وإلا) يعين (فلا) يلزم الآمر (ونفذ على المأمور) فهلاكه عليه خلافاً لهما، وكذا الخلاف لو أمره أن يسلم ما عليه أو يصرفه بناء على تعين النقود في الوكالات عنده وعدم تعينها في المعاوضات عندهما.

(ولو أمره) أي: أمر رجل مديونه (بالتصدق بما عليه صح) أمره بجعله المال لله تعالى وهو معلوم (كما) صح أمره (لو أمر) الآجر (المستأجر بمرمة ما استأجره

قوله: (بقوله: يعني إلخ) بدل من قوله: «بتوكيله». قوله: (أو غير معينين) بحث فيه أبو السعود، فانظر ما كتبناه على البحر. قوله: (إذا نواه إلخ) قيد في غير معينين فقط ح. كذا في الهامش. قوله: (كما مر)قريباً في قوله: «وإن بغير عينه فالشراء للوكيل إلا إذا نواه للموكل». قوله: (عن الآمر) لأن التوكيل مطلق: أي: عن قيد المعية، وقد لا يتفق الجمع بينهما. قوله: (معين) لا حاجة إليه مع قول المصنف: وعينه ح. قوله: (وإلا يعين) لا المبيع ولا البائع. قوله: (خلافاً لهما) فقالا: يلزم الآمر إذا قبضه المأمور. بحر. قوله: (ما عليه) أي: يعقد عقد السلم ح، بأن قال له: اسلم الدين الذي لي عليك إلى فلان جاز، وإن لم يعين فلان لم يجز عنده، وعندهما يجوز كيفما كان؛ وكذا لو أمره بأن يصرف ما عليه من الدين، زيلعي. قوله: (أو يصرفه) أي: يعقد عقد الصرف ح. كذا في الهامش. قوله: (في الوكالات عنده) ولهذا لو قيدها بالعين منها أو بالدين منها ثم هلك العين أو سقط الدين بطلت الوكالة، فإذا تعينت فيها كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين، وذا لا يجوز إلا إذا وكله بقبضه له ثم بقبضه لنفسه، وتوكيل المجهول لا يجوز فكان باطلاً أو يكون أمراً بصرف مالا يملكه إلا بالقبض قبله. زيلعي. قوله: (في المعاوضات) عيناً كانت النقود أو ديناً.

مما عليه من الأجرة) وكذا لو أمره بشراء عبد يسوق الدابة وينفق عليها صح اتفاقاً للضرورة، لأنه لا يجد الآجر كل وقت فجعل المؤجر كالمؤجر في القبض.

قلت: وفي شرح الجامع الصغير لقاضيخان إن كان ذلك قبل وجوب الأجرة لا يجوز، وبعد الوجوب قيل على الخلاف إلخ، فراجعه (و) لو أمره (بشرائه بألف ودفع) الألف (فاشترى وقيمته كذلك) فقال الآمر (اشتريت بنصفه وقال المأمور:) بل (بكله صدق) لأنه أمين (وإن) كان (قيمته نصفه فـ) ـالقول (للآمر) بلا يمين. درر وابن كمال تبعاً لصدر الشريعة حيث قال: صدق في الكل بغير الحلف وتبعهم المصنف، لكن جزم الواني بأنه تحريف، وصوابه بعد الحلف (وإن لم يدفع) الألف (وقيمته نصفه فـ) القول (للآمر) بلا يمين. قاله المصنف تبعاً للدرر كما مر.

قلت: لكن في الأشباه: ....

قوله: (فجعل المؤجر) بالفتح وهو الدار مثلاً. قوله: (كالمؤجر) بالكسر. قوله: (فراجعه) أقول: الذي رأيته في الشرح المذكور في هذا المحل مثل ما قدمه. ونصه: وأما مسألة إجارة الحمام ونحوها قيل ذلك قولهما، وإن كان قول الكل فإنما جاز باعتبار الضرورة لأن المستأجر لا يجد الآجر في كل وقت فجعلنا الحمام قائماً مقام الآجر في القبض اهـ. ولم أجد هذه العبارة فيه، لكن لا تخالف ما ذكره الماتن[1] لأن وجوب الأجرة يكون بعد استيفاء المنفعة أو باشتراط التعجيل، وهو معنى قول المتن: «لما عليه من الأجرة» قوله: (للآمر) وينفذ على المأمور. زيلعي. قوله: (بلا يمين) في الأشباه: كل من قبل قوله: فعليه اليمين، إلا في مسائل عشر وعدها وليس منها ما ذكره هنا، ويمكن الجواب. تأمل. كذا بخط بعض الفضلاء.

وذكر في الهامش فروعاً هي: وإن قال: أمرني فدفعته إلى وكيل له أو غريم له أو وهبه لي أو قضى لي من حق كان لي عليه لم صدق وضمن المال اهـ بحر.

وفيه من شتى القضاء: نائب الناظر كهو في قبول قوله، فلو ادعى ضياع مال الوقف أو تفريقه على المستحقين وأنكروا فالقول له كالأصيل لكن مع اليمين، وبه فارق أمين القاضي لأنه لا يمين عليه كالقاضي. وفي الخيرية من الوصايا الوصي مثل القيم لقولهم: الوصية والوقف أخوان اهـ حامدية اهـ. قوله: (جزم الواني) وكذا اعترضه في اليعقوبية، وقد ذكرت العبارتين في هامش البحر. قوله: (تحريف) وادعى أنه مخالف للعقل والنقل. قوله: (لكن في الأشباه) في عبارة

(1) قال الرافعي: قوله: (لكن لا تخالف ما ذكره الماتن إلخ) هي وإن لم تخالف ما في المتن من حيث وجوب الأجرة، لكن فيها مخالفة من حيث ذكر الخلاف بعد الوجوب وعدم الجواز قبل الوجوب على قولهما. تأمل.

القول للوكيل بيمينه[1] إلا في أربع فالبينة، فتنبه (وإن) كان (قيمته ألفاً فيتحالفان ثم يفسخ العقد) بينهما (فيلزم) المبيع (المأمور و) كذا لو أمره (بشراء معين من غير بيان ثمن فقال المأمور: اشتريته بكذا و) إن (صدقه بائعه) على الأظهر (وقال الآمر: بنصفه تحالفا) فوقوع الاختلاف في الثمن يوجب التحالف (ولو اختلفا في مقداره) أي: الثمن (فقال الآمر: أمرتك بشرائه بمائة وقال المأمور: بألف فالقول للآمر) بيمينه (فإن برهنا قدم برهان المأمور) لأنها أكثر إثباتاً (و) لو أمره (بشراء أخيه فاشترى الوكيل فقال الآمر: ليس هذا) المشتري (بأخي فالقول له) بيمينه (ويكون الوكيل مشترياً بنفسه) والأصل أن الشراء متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المأمور بخلاف البيع، كما مر في خيار الشرط (وعتق العبد عليه) أي: على الوكيل (لزعمه) عتقه على موكله فيؤاخذ به. خانية (و) لو أمره عبد (بشراء نفس الآمر من مولاه بكذا ودفع) المبلغ (فقال) الوكيل (لسيده: اشتريته لنفسه فباعه على هذا) الوجه (عتق) على المالك (وولاؤه لسيده) وكان الوكيل سفيراً (وإن قال) الوكيل: (اشتريته) ولم يقل لنفسه (فالعبد) ملك (للمشتري والألف للسيد فيهما) لأنه كسب عبده (وعلى العبد ألف أخرى في) الصورة (الأولى) بدل الإعتاق (كما في المشتري) ألف (مثلها في الثانية) لأن الأولى مال المولى فلا يصلح بدلاً (وشراء العبد من سيده إعتاق) فتلغو أحكام الشراء فلذا قال: (فلو شرى) العبد (نفسه إلى العطاء صح) الشراء. بحر ......

الأشباه كلام طويل ذكره الشرنبلالي في رسالة حافلة، وكذا المقدسي له رسالة لخصها الحموي في حاشيته ونقله القتال، فراجع ذلك إن شئت. قوله: (المأمور) في صورتين. زيلعي. قوله: (ولو اختلفا إلخ) هنا اتفقا على بيان شيء لكن الاختلاف في المقدار، بخلاف الصورة التي قبلها فإنه لم يبين فيها شيء من الثمن، وما في الزيلعي سهو كما نبه عليه في البحر. قوله: (بشراء أخيه) أي: أخي الآمر. قوله: (فالقول له) أي: للآمر. قوله: (من مولاه بكذا) أي: بألف مثلاً، وكان ينبغي التعبير به لقوله بعد: «والألف للسيد». قوله: (سفيراً) فلا ترجع الحقوق إليه والمطالبة بالألف الأخرى على العبد لا على الوكيل هو الصحيح. بحر. قوله: (فتلغو أحكام الشراء) أي: فلا يبطل بالشروط الفاسدة ولا يدخله خيار الشرط ح. كذا في الهامش. قوله: (إلى العطاء) فإنه لو كان شراء حقيقة لأفسده الأجل المجهول. ....

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (لكن في «الأشباه» القول للوكيل بيمينه) يصح جعله استدراكاً على قول المصنف سابقاً صدق لأنه أمين، فإنه أطلقه ولم يقيده باليمين. تأمل.

(كما صح في حصته إذا اشترى نفسه من مولاه ومعه رجل) آخر (وبطل) الشراء (في حصة شريكه) بخلاف ما لو شرى الأب ولده مع رجل آخر فإنه يصح. فيهما بيوع. الخانية من بحث الاستحقاق. والفرق انقعاد البيع في الثاني لا الأول، لأن الشرع جعله إعتاقاً ولذا بطل في حصة شريكه[1] للزوم الجمع بين الحقيقة والمجاز.

(قال لعبد: اشتر لي نفسك من مولاك لمولاه: بعني نفسي لفلان ففعل) أي: باعه على هذا الوجه (فهو للآمر) فلو وجد به عيباً، إن علم به العبد فلا رد، لأن علم الوكيل كعلم الموكل، وإن لم يعلم فالرد للعبد اختيار (وإن لم يقل لفلان عتق) لأنه أتى بتصرف آخرَ فنفذ عليه وعليه الثمن فيهما لزوال حجره بعقد باشره مقترناً بإذن المولى. درر.

فرع: الوكيل إذا خالف، إن خلافاً إلى خير في الجنس كبع بألف درهم فباعه بألف ومائة نفذ، ولو بمائة دينار لا ولو خيراً. خلاصة ودرر.

فَصْلٌ: لاَ يَعْقِدُ وَكِيلُ البَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالإِجَارَةِ وَالصَّرْفِ وَالسَّلَمِ وَنَحْوِهَا

(مع من ترد شهادته له) للتهمة وجوازه بمثل القيمة ....

قوله: (ومعه رجل) أي: تشارك الرجل والعبد في شراء نفس العبد، أي: صفقة واحدة. بحر. قوله: (انعقاد البيع في الثاني) أي: في شراء الأب، لأن صيغة الشراء استعملت في معناها الحقيقي لا الأول، لأن ما وقع من العبد لم يكن صيغة تفيد الشراء س. قوله: (الحقيقة) وهو ثبوت الملك للمشتري. قوله: (والمجاز) وهو الإعتاق. قوله: (لزوال حجره) جواب عما يقال العبد المحجور إذا توكل لا ترجع الحقوق إليه، وعزا في الهامش الإشكال إلى الدرر. قوله: (الوكيل إذا خالف) قال في الهامش: وكله أن يبيع عبده بألف وقيمته كذلك ثم زادت قيمته إلى ألفين لا يملك بيعه بألف. بزازية اهـ.

فَصْلٌ : لاَ يَعْقِدُ وَكِيلُ البَيْعِ وَالشِّرَاءِ

قوله: (والإجارة إلخ) أما الحوالة والإقالة والحط والإبراء والتجوّز بدون حقه يجوز عندهما

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (ولذا بطل في حصة شريكه إلخ) لينظر وجه بطلان البيع وصحة العتق، ولزوم الجمع بين الحقيقة والمجاز إنما يفيد عدم صحة استعمال اللفظ فيهما معاً، ولا يفيد وجه صحته في العتق دون البيع. تأمل. ويظهر أن وجهه أن قصد البائع استعماله فيهما وهو غير صحيح =

(إلا من عبد ومكاتبه إلا إذا أطلق له الموكل) كبع ممن شئت **(فيجوز بيعه لهم بمثل القيمة)** اتفاقاً **(كما يجوز عقده معهم بأكثر من القيمة)** اتفاقاً: أي: بيعه لا شراؤه بأكثر منها اتفاقاً، كما لو باع بأقل منها بغبن فاحش لا يجوز اتفاقاً، وكذا بيسير عنده خلافاً لهما. ابن ملك وغيره. وفي السراج: لو صرّح بهم جاز إجماعاً إلا من نفسه وطفله وعبده غير المديون. **(وصح بيعه بما قل أو كثر وبالعرض)** وخصّاه بالقيمة وبالنقود،

ويضمن. وعند أبي يوسف: لا يجوز الوكيل بالبيع يملك الإقالة، حتى لو باع ثم أقال لزمه الثمن للموكل والوكيل بالشراء لا يملكها، بخلاف الوكيل بالبيع والوكيل بالسلم والوصي والأب والمتولي كالوكيل، ولو قال الموكل للوكيل: ما صنعت من شيء فهو جائز يملك الحوالة بالإجماع والإقالة على خلاف ما مر[1]، وكذا لو أبرأ المشتري عن الثمن صح عندهما لكن يضمن، وهذا إذا لم يقبض الثمن، أما إذا قبض فلا يملك الحط والإقالة اهـ، كذا في الهامش. **قوله: (إلا من عبده ومكاتبه)** وكذا مفاوضه وابنه الصغير فالمستثنى من قولهما أربع. بحر. وقيد العبد في المبسوط بغير المديون وفيه إشارة إلى أنه لو كان مديوناً يجوز. بحر. **قوله: (كما يجوز عقده)** أي: عند عدم الإطلاق. **قوله: (إلا من نفسه)** وفي السراج: لو أمره بالبيع من هؤلاء فإنه يجوز إجماعاً إلا أن يبيعه من نفسه أو ولده الصغير أو عبده ولا دين عليه فلا يجوز قطعاً وإن صرح به الموكل اهـ منح. الوكيل بالبيع لا يملك شراءه لنفسه لأن الواحد لا يكون مشترياً وبائعاً فيبيعه من غيره ثم يشتريه منه، وإن أمره الموكل أن يبيعه من نفسه وأولاده الصغار أو ممن لا تقبل شهادته فباع منهم جاز. بزازية. كذا في البحر. ولا يخفى ما بينهما من المخالفة، وذكر مثل ما في السراج في النهاية عن المبسوط، ومثل ما في البزازية في الذخيرة عن الطحاوي وكأن في المسألة قولين خلافاً لمن ادعى أنه لا مخالفة بينهما. **قوله: (وصح بيعه بما قل أو كثر إلخ) قال الخجندي[1]**: جملة من يتصرف بالتسليط حكمهم على خمسة أوجه: **منهم** من يجوز بيعه وشراؤه بالمعروف وهو الأب والجد والوصي وقدر ما يتغابن يجعل عفواً. **ومنهم** من يجوز بيعه وشراؤه على المعروف وعلى خلافه وهو المكاتب والمأذون، عند أبي حنيفة يجوز لهم أن يبيعوا ما يساوي ألفاً بدرهم ويشتروا ما يساوي درهماً بألف، وعندهما لا يجوز إلا على المعروف وأما الحر البالغ العاقل يجوز بيعه كيفما كان وكذا شراؤه إجماعاً. ومنهم من يجوز بيعه كيفما كان وكذا شراؤه على المعروف وهو المضارب وشريكا العنان أو المفاوضة والوكيل بالبيع المطلق يجوز بيع هؤلاء

= كما ذكره، إلا أن البيع الحقيقي مشروط بالعتق، وهو مما يفسد بالشرط الغير الملائم دونه، فلذا قيل بفساده دون العتق، لكن هذا يقتضي الفساد لا البطلان هكذا ظهر فتأمل.

(١) قال الرافعي: قوله: (والإقالة على خلاف ما مر) صوابه: على الخلاف المذكور.

---

(١) الخجندي.

وبه يفتى. بزازية. ولا يجوز في الصرف كدينار بدرهم بغبن فاحش إجماعاً لأنه بيع من وجه شراء من وجه. صيرفية (و) صح (بالنسيئة إن) التوكيل بالبيع (للتجارة وإن) كان (للحاجة لا) يجوز (كالمرأة إذا دفعت غزلاً إلى رجل ليبيعه لها ويتعين النقد) به يفتى. خلاصة. وكذا في كل موضع قامت الدلالة على الحاجة كما أفاده المصنف، وهذا أيضاً إن باع بما يبيع الناس نسيئة، فإن طول المدة لم يجز، به يفتى ابن ملك. ومتى عين الآمر شيئاً تعين إلا في بعه بالنسيئة بألف فباع بالنقد بألف جاز. بحر.

عند أبي حنيفة بما عزّ وهان، وعندهما، لا يجوز إلا بالمعروف، وأما شراؤهم فلا يجوز إلا على المعروف إجماعاً، فإن اشترى بخلاف المعروف والعادة أو بغير النقود نفذ شراؤهم على أنفسهم وضمنوا ما نقدوا فيه من مال غيرهم إجماعاً. ومنهم من لا يجعل قدر ما يتغابن في عفواً وهو المريض إذا باع في مرض موته وحابى فيه قليلاً وعليه دين مستغرق فإنه لا يجوز محاباته وإن قلت، والمشتري بالخيار إن شاء وفّى الثمن إلى تمام القيمة، وإن شاء فسخ. وأما وصيه بعد موته إذا باع تركته لقضاء ديونه وحابى فيه قدر ما يتغابن فيه صح بيعه ويجعل عفواً، وكذا لو باع ماله من بعض ورثته وحابى فيه، وإن قل لا يجوز البيع على قول أبي حنيفة، وإن كان أكثر من قيمته حتى تجيز سائر ورثته، وليس عليه دين، ولو باع الوصي ممن لا تجوز شهادته له وحابى فيه قليلاً لا يجوز وكذا المضارب. ومنهم من لا يجوز بيعه وشراؤه ما لم يكن خيراً وهو الوصي إذا باع ماله من اليتيم أو اشترى، فعند محمد: لا يجوز بحال، وعندهما: إن خيراً فخير وإلا لم يجز اهـ سائحاني.

قلت: وفي وصايا الخانية: فسر السرخسي الخيرية بما إذا اشترى الوصي لنفسه مال اليتيم ما يساوي عشرة بخمسة عشر وباع مال نفسه من اليتيم ما يساوي عشرة بثمانية، وذكر ما قدمناه في منية المفتي بعبارة أخصر مما قدمناه. قوله: (بزازية) قال العلامة قاسم في تصحيحه على القدوري: ورجّح دليل الإمام المعول عليه عند النسفي وهو أصح الأقاويل والاختيار عند المحبوبي، ووافقه الموصلي وصدر الشريعة اهـ رملي. وعليه أصحاب المتون الموضوعة لنقل المذهب بما هو ظاهر الرواية. سائحاني. قوله: (بالنقد بألف جاز) لأنه وإن صار مخالفاً إلا أنه إلى خير من كل وجه، وإن باعه بأقل من الألف بالنقد لا يجوز، لأنه وإن خالف إلى خير من حيث التعجيل خالف إلى شرّ من حيث المقدار والخلاف إلى شر من وجه يكفي في المنع، فإن باعه بألفين نسيئة وشهراً أيضاً لا يجوز. ذخيرة. وفيها قبله: وإذا وكله بالبيع نسيئة فباعه بالنقد، إن بما يباع بالنسيئة جاز وإلا فلا اهـ. وفي البحر عن الخلاصة: لو قال: بعه إلى أجل فباعه بالنقد. قال السرخسي: الأصح أنه لا يجوز بالإجماع، وفرق بينه وبين ما نقله الشارح بتعيين الثمن وعدمه.

قلت: وقدمنا أنه إن خالف إلى خير في ذلك الجنس جاز وإلا لا، وأنها تتقيد بزمان ومكان، لكن في البزازية الوكيل إلى عشرة أيام وكيل في العشرة وبعدها في الأصح، وكذا الكفيل لكنه لا يطالب إلا بعد الأجل كما في تنوير البصائر. وفي زواهر الجواهر: قال: بعه بشهود أو برأي فلان أو علمه أو معرفته وباع بدونهم جاز، بخلاف لا تبع إلا بشهود أو إلا بمحضر فلان، به يفتى. قلت: وبه علم حكم واقعة الفتوى: دفع له مالاً وقال: اشتر لي زيتاً بمعرفة فلان فذهب واشترى بلا معرفته فهلك الزيت لم يضمن، بخلاف لا تشتر إلا بمعرفة فلان، فليحفظ (و) صح (أخذه رهناً وكفيلاً بالثمن ....

قلت: لكن ينبغي أن يكون ما في الخلاصة محمولاً على ما إذا باع بالنقد بأقل مما يباع بالنسيئة بدليل ما قدمناه عن الذخيرة، وقوله قبله: «بالنسيئة بألف» قيد ببيان الثمن، لأنه لو لم يعين وباع بالنقد لا يجوز كما بينه في البحر. قوله: (بزمان ومكان) فلو قال: بعه غدا لم يجز بيعه اليوم، وكذا الطلاق والعتاق وبالعكس فيه روايتان. والصحيح أنه كالأول س. قوله: (أو إلا بمحضر فلان إلخ) قال في الفتاوى الهندية: وكله بالبيع ونهاه عن البيع إلا بمحضر فلان لا يبيع إلا بحضرته، كذا في وجيز الكردري. وإذا أمره أن يبيع برهن أو كفيل فباع من غير رهن أو من غير كفيل لم يجز أكده بالنفي أو لم يؤكد. وإذا قال: برهن ثقة لم يجز إلا برهن يكون بقيمته وفاء بالثمن أو تكون قيمته أقل بمقدار ما يتغابن فيه، وإذا أطلق جاز بالرهن القليل كذا في المحيط، ولو قال: بعه وخذ كفيلاً أو بعه وخذ رهناً لا يجوز إلا كذلك اهـ. كذا في الهامش.

وجملة الأمر: أن كل ما قيد به الموكل إن مقيداً من كل وجه يلزم رعايته أكده بالنفي أو لا كبعه بخيار فباعه بدونه، نظيره الوديعة إن مفيداً كاحفظ في هذه الدار تتعين وإن لم يقل لا تحفظ إلا في هذه الدار لتفاوت الحرز وإن لا يفد أصلاً لا يجب مراعاته كبعه بالنسيئة فباعه بنقد يجوز، وإن مفيداً من وجه يجب مراعاته إن أكده بالنفي وإن لم يؤكده به لا يجب، مثاله: لا تبعه إلا في سوق كذا يجب رعايته، بخلاف قوله: بعه في سوق كذا، وكذا في الوديعة إذا قال: لا تحفظ إلا في هذا البيت يلزم الرعاية، وإن لم يفد أصلاً بأن عين صندوقاً لا يلزم الرعاية، وإن أكده بالنفي والرهن والكفالة مفيد من كل وجه فلا يجوز خلافه أكده بالنفي أو لا، والإشهاد قد يفيد إن لم يغب الشهود وكانوا عدولاً وقد لا يفيد، فإذا أكده بالنفي يلزم الرعاية وإلا لا عملاً بالشبهين. بزازية قبيل الفصل الخامس، وانظر ما قدمناه عن البحر في مسألة البيع بالنسيئة. قوله: (واقعة الفتوى إلخ) المسألة مصرح بها في وصايا الخانية لكن بلفظ بمحضر فلان والحكم فيها وذكره هنا اهـ. قوله: (وصح أخذه رهناً إلخ) قال في نور العين: وكيل البيع لو أقال أو احتال أو أبرأ أو حط أو وهب أو تجوّز صح عند أبي حنيفة ومحمد وضمن لموكله، لا عند أبي يوسف، والوكيل لو قبض الثمن لا يملك الإقالة إجماعاً اهـ.

فلا ضمان عليه إن ضاع) الرهن (في يده أو توى) المال (على الكفيل) لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان (وتقيد شراؤه بمثل القيمة وغبن يسير) وهو ما يقوّم به مقوّم، وهذا (إذا لم يكن سعره معروفاً، وإن كان) سعره (معروفاً) بين الناس (كخبز ولحم) وموز وجبن (لا ينفذ على الموكل وإن قلت الزيادة) ولو فلساً واحداً، به يفتى بحر وبناية.

(وكله ببيع عبد فباع نصفه صح) لإطلاق التوكيل. وقالا: إن باع الباقي قبل الخصومة جاز وإلا لا، وهو استحسان. ملتقى وهداية. وظاهره ترجيح قولهما، والمفتى به خلافه. بحر. وقيد ابن الكمال الخلاف بما يتعيب بالشركة وإلا جاز اتفاقاً فليراجع (وفي الشراء يتوقف على شراء باقيه قبل الخصومة) اتفاقاً ....

قلت: وكذا بعد قبض الثمن لا يملك الحط والإبراء. بزازية. قوله: (أو توى المال على الكفيل) وهو يكون بالمرافعة إلى حاكم مالكي يرى براءة الأصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الأصيل بموته مفلساً ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلساً. ابن كمال. ومثله في الشرنبلالية عن الكافي، وتحقيقه في شرح الزيلعي اهـ. قوله: (وتقيد شراؤه) لأن التهمة في الأكثر متحققة فلعله اشتراه لنفسه، فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره على ما مر، وأطلقه فشمل ما إذا كان وكيلاً بشراء معين، فإنه وإن كان لا يملك شراءه لنفسه فبالمخالفة يكون مشترياً لنفسه، فالتهمة باقية كما في الزيلعي. وفي الهداية: قالوا: ينفذ على الآمر، وذكر في البناية أنه قول عامة المشايخ، والأول قول البعض، وفي الذخيرة أنه لا نص فيه، بحر ملخصاً. قوله: (ما يقوم به مقوّم) أي: لم يدخل تحت تقويم أحد من المقومين. قال مسكين: فلو قومه عدل عشرة وعدل آخر ثمانية وآخر سبعة فما بين العشرة والسبعة داخل تحت تقويم المقوّمين، وتمامه فيه. قوله: (وبناية) هي شرح الهداية. قوله: (لإطلاق التوكيل) أي: إطلاقه عن قيد الاجتماع والافتراق. قوله: (وظاهره إلخ) أي: لأنه جعله استحساناً وقال في البحر: ولذا أخره مع دليله كما هو عادته، ولذا استشهد لقول الإمام بما لو باع الكل بثمن النصف فإنه يجوز، وقد علمت أن المفتى به خلاف قوله اهـ: أي: خلاف قوله فيما استشهد به[1]. قلت: وقد علمت ما قدمناه عن العلامة قاسم. قوله: (وقيد ابن الكمال إلخ) ومثله في البحر معزواً إلى المعراج، ونقل الاتفاق أيضاً في الكفاية عن الإيضاح. قوله: (وفي الشراء يتوقف إلخ) لا فرق بين التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغير عينه. زيلعي. وفيه لا يقال: إنه لا يتوقف بل ينفذ على المشتري. لأنا نقول: إنما لا يتوقف إذا وجد نفاذاً على العاقد، وها هنا شراء النصف لا ينفذ على الوكيل لعدم مخالفته من كل وجه، ولا على الآمر لأنه لم يوافق أمره من كل وجه فقلنا: بالتوقف اهـ ملخصاً.

(1) قال الرافعي: قوله: (أي: خلاف قوله: فيما استشهد به) فعلى هذا لا يستقيم قول الشارح: والمفتى به خلافه، فإنه يوهم اعتماد قول الإمام.

(ولو ردّ مبيع بعيب على وكيله) بالبيع (ببينة أو نكوله أو إقراره فيما لا يحدث) مثله في هذه المدة (رده) الوكيل (على الآمر، و) لو (بإقراره فيما يحدث لا) يرده ولزم الوكيل.

قوله: (اتفاقاً) والفرق لأبي حنيفة بين البيع والشراء أن في الشراء تتحقق تهمة أنه اشتراه لنفسه، ولأن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الإطلاق، والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح[1] فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق كما في الهداية. قوله: (ولو رد مبيع بعيب على وكيله) أطلقه فشمل ما إذا قبض الثمن أو لا، وأشار إلى أن الخصومة مع الوكيل فلا دعوى للمشتري على الموكل، فلو أقر الموكل بعيب فيه وأنكره الوكيل لا يلزمهما شيء لأن الموكل أجنبي في الحقوق، ولو بالعكس رده المشتري على الوكيل لأن إقراره صحيح في حق نفسه لا الموكل. بزازية. ولم يذكر الرجوع بالثمن.

وحكمه: أنه على الوكيل إن كان نقده، وعلى الموكل إن كان نقده كما في شرح الطحاوي، وإن نقده إلى الوكيل ثم هو إلى الموكل ثم وجد الشاري عيباً أفتى القاضي أنه يرده على الوكيل. كذا في البزازية. وقيد بألبيع لأن الوكيل بالإجارة إذا آجر وسلم ثم طعن المستأجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء يلزم الموكل ولم يعتبر إجارة جديدة، وقيد بالعيب إذ لو قبله بغير قضاء بخيار رؤية أو شرط فهو جائز على الآخر، وكذا لو رده المشتري عليه بعيب قبل القبض. بحر ملخصاً. قوله: (رده الوكيل على الآمر) لو قال: فهو ردّ على الآمر، لكان أولى، لأن الوكيل لا يحتاج إلى خصومة مع الموكل إلا إذا كان عيباً يحدث مثله ورد عليه بإقرار بقضاء، وإن بدون قضاء لا تصح خصومته لكونه مشترياً، كما أفاده في البحر.

وحاصل هذه المسألة: أن العيب لا يخلو إما أن لا يحدث مثله كالسن أو الأصبع الزائدة أو يكون حادثاً لكن لا يحدث مثله قبل[2] هذه المدة أو يحدث في مثلها، ففي الأول والثاني يرده القاضي من غير حجة من بينة أو إقرار أو نكول لعلمه بكونه عند البائع، وتأويل اشتراط الحجة في الكتاب أن الحال قد يشتبه على القاضي بأن لا يعرف تاريخ البيع فيحتاج إليها ليظهر التاريخ، أو كان عيباً لا يعرفه إلا الأطباء أو النساء، وقولهم حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر إلى الحجة للرد، حتى لو عاين القاضي البيع وكان العيب ظاهراً لا يحتاج إلى شيء منها، وكذا الحكم في الثالث إن كان ببينة أو نكول لأن البينة حجة مطلقة، وكذا النكول حجة في حقه فيرده عليه،

---

(1) قال الرافعي: قوله: (والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح) أي: الأمر مقصوداً لأنه لا ملك للآمر في ملك الغير، وإنما صح ضرورة الحاجة إليه ولا عموم لما ثبت ضرورة، وقوله: فلا يعتبر إلخ أي: فلم يجز شراء البعض، لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها، وذلك يتأدى بالمتعارف وهو شراء الكل. «بناية».

(2) قال الرافعي: قوله: (لا يحدث مثله قبل إلخ) في الأصل: لا يحدث في مثله إلخ.

(الأصل في الوكالة الخصوص وفي المضاربة العموم) وفرّع عليه بقوله: (فإن باع) الوكيل (نسيئة فقال: أمرتك بنقد وقال: أطلقت صدق الآمر، وفي) الاختلاف في (المضاربة) صدق (المضارب) عملاً بالأصل (لا ينفذ تصرف أحد الوكيلين) معاً كوكلتكما بكذا (وحده) ولو الآخر عبداً أو صبياً أو مات أو جنّ (إلا) فيما إذا وكلهما على التعاقب، بخلاف الوصيين كما سيجيء في باب و(في خصومة) بشرط

والرد في هذه المواضع على الوكيل ردّ على الموكل. وأما إن رده عليه في هذا الثالث بإقراره، فإن كان بقضاء فلا يكون رداً على الموكل لأنه حجة قاصرة فلا تتعدى، ولكن له أن يخاصم الموكل فيرده عليه ببينة أو بنكوله، لأن الرد فسخ لأنه حصل بالقضاء كرها عليه فانعدم الرضا وإن كان بغير قضاء فليس له الرد لأنه إقالة وهي بيع جديد في حق ثالث وهو الموكل في الأول، والثاني لو رُد على الوكيل بالإقرار بدون قضاء لزم الوكيل، وليس له أن يخاصم الموكل في عامة الروايات، وفي رواية يكون رداً على الموكل. وتمامه في شرح الزيلعي. وبه ظهر أن ما في المتن تبعاً للكنز مبني على هذه الرواية، وكذا قال في الإصلاح، وكذا بإقرار فيما لا يحدث مثله إن رد بقضاء. وفي المواهب: لو رد عليه بما لا يحدث مثله بإقراره يلزم الوكيل ولزوم الموكل رواية اهـ. قوله: (الأصل في الوكالة الخصوص إلخ) قال:

ٱلأَصْـلُ فـي الـوِكَـالـةِ الـخُـصُـوصْ ... لاَ فـي الـمُـضَـارَبَـة ذَا الـمَـنْـصُـوصْ

قوله: (لا ينفذ تصرف أحد الوكيلين) لأن الموكل لا يرضى برأي أحدهما، والبدل وإن كان مقدراً لكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري. منح: أي: التقدير للبدل لمنع النقصان عنه فربما يزداد عند الاجتماع وربما يختال الثاني مشترياً ملياً والأول لا يهتدي إلى ذلك. قال في الهامش: ولو دفع ألف درهم إلى رجلين مضاربة وقال لهما: اعملا برأيكما لم يكن لكل واحد منهما أن ينفرد بالبيع والشراء، لأنه رضي برأيهما لا برأي أحدهما، ولو عمل أحدهما بغير إذن صاحبه ضمن نصف المال[1] وله ربحه وعليه وضيعته لا نقد نصف رأس مال المضاربة في الشراء لنفسه للمضاربة بغير إذن ربّ المال فصار ضامناً. عطاء الله أفندي: هكذا وجدت هذه العبارة فلتراجع من أصلها. قوله: (أو مات) أي: الآخر المشتمل على العبد أو الصبيّ، وكذا قوله: «أو جنّ». قوله: (أو جنّ) فلا يجوز للآخر التصرف وحده لعدم رضاه برأيه وحده، ولو وصيين لا يتصرف الحيّ إلا برأي القاضي. بحر عن وصايا الخانية. قوله: (بخلاف الوصيين) فإنه إذا أوصى إلى كل منهما بكلام على حدة لم يجز لأحدهما الانفراد في الأصح، لأنه عند الموت صارا وصيين جملة واحدة. وفي الوكالة يثبت حكمهما بنفس التوكيل. بحر. قوله: (كما سيجيء) وسيجيء قريباً متناً.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ضمن نصف المال إلخ) هذا مخالف لما يأتي عن «السراج».

رأي الآخر لا حضرته على الصحيح إلا إذا انتهيا إلى القبض فحتى يجتمعا. جوهرة **(وعتق معين وطلاق معينة لم يعوّضا)** بخلاف معوض وغير معين **(وتعليق بمشيئتهما)** أي: الوكيلين فإنه يلزم اجتماعهما عملاً بالتعليق. **قاله المصنف.**

قلت: وظاهره عطفه على لم يعوضا كما يعلم من العيني والدرر، فحق العبارة: ولا علقا بمشيئتهما، فتدبر (و) في **(تدبير ورد عين)** كوديعة وعارية ومغصوب ومبيع فاسد. خلاصة. بخلاف استردادها، فلو قبض أحدهما ضمن كله لعدم أمره بقبض شيء منه وحده، سراج (و) في **(تسليم هبة)** بخلاف قبضها. ولوالجية **(وقضاء دين)** بخلاف اقتضائه. عيني (و) بخلاف **(الوصاية)** لاثنين (و) كذا **(المضاربة والقضاء)** والتحيكم **(والتولية على الوقف)** فإن هذه الستة **(كالوكالة فليس لأحدهما الانفراد)** بحر. إلا في مسألة ما إذا شرط الوقف النظر له أو الاستبدال مع فلان فإن للواقف الانفراد دون فلان. أشباه **(والوكيل بقضاء الدين)** من ماله أو مال موكله ....

قوله: (فحتى يجتمعا) لكن سيأتي أن الوكيل بالخصومة لا يملك القبض، وبه يفتى. أبو السعود. **قوله: (وظاهره)** أي: ظاهر قول المصنف: وقوله: «عطفه» أي: التعليق بمشيئتهما. **قوله: (والدرر)** حيث قال بعد قوله: «لم يعوضا» بخلاف ما إذا قال لهما: طلقاها إن شئتما أو قال: أمرها بأيديكما لأنه تفويض إلى مشيئتهما فيقتصر على المجلس. **قوله: (ولا علقا)** استثنى في البحر ثلاث مسائل غير هذين فراجعه، واعترضه الرملي. **قوله: (فلو قبض أحدهما)** أي: بدون إذن صاحبه وهلك في يده كما صرح به في الذخيرة، لا بدون حضوره كما توهمه عبارة البحر. **قوله: (ضمن كله)** عبارة السراج كما في البحر.

فإن قيل: ينبغي أن يضمن النصف لأن كل واحد منهما مأمور بقبض النصف. قلنا: ذاك مع إذن صاحبه، وأما في حال الانفراد فغير مأمور بقبض شيء منه. **قوله: (والوصاية)** مبتدأ خبره قوله: «كالوكالة» وزاد بعد الواو «بخلاف» ليعطفه على قوله: «بخلاف اقتضائه» فالمعطوف خمسة والسادس المعطوف عليه فلا اعتراض في كلامه، فتنبه، لكن لا يحسن تشبيه مسألة الاقتضاء بالوكالة لأنها وكالة حقيقة. **قوله: (فإن هذه الستة)** فيه أن المذكور هنا خمسة، وإن أراد جميع ما تقدم منا لم يجز فيه الانفراد فهي تسع عشرة صورة مع مسألة الوكالة ح. كذا في الهامش.

قال جامعه: وقد علمت مما سبق جوابه. **قوله: (النظر له)** أي: للواقف. **قوله: (أو مال موكله)** كذا استنبطه العمادي من مسألة ذكرها عن الخانية، ولكن ذكر قبله عنها أنه لو كتب في آخر الكتاب أنه يخاصم ،يخاصم ثم ادعى قوم قبل الموكل الغائب مالاً فأقرّ الوكيل بالوكالة وأنكر المال فأحضروا الشهود على الموكل لا يكون لهم أن يحبسوا الوكيل لأنه جزاء الظلم ولم يظهر

(لا يجبر عليه) إذا لم يكن للموكل على الوكيل دين وهي واقعة الفتوى كما بسطه العمادي واعتمده المصنف. قال: ومفاده: أن الوكيل يبيع عين مال الموكل لوفاء دينه لا يجبر عليه، كما لا يجبر الوكيل بنحو طلاق ولو بطلبها على المعتمد وعتق وهبة من فلان وبيع منه لكونه متبرّعاً إلا في مسائل: إذا وكله بدفع عين ثم غاب، أو ببيع رهن شرط فيه أو بعده في الأصح، أو بخصومة بطلب المدعي وغاب

ظلمه، إذ ليس في هذه الشهادة أمر بأداء المال ولا ضمان الوكيل على الموكل، فإذا لم يجب على الوكيل أداء المال من مال الموكل بأمر موكله ولا بالضمان عن موكله لا يكون الوكيل ظالماً بالامتناع اهـ ملخصاً. ومفاده: أنه لو ثبت أمر موكله أو كفالته عنه يؤمر بالأداء، وعليه يحمل كلام قارىء الهداية. تأمل.

ثم رأيته في حاشية المنح حيث قال: أقول كلام الخانية صريح فيما أفتى به قارىء الهداية فإنه صريح في وجوب أداء المال بأحد شيئين: إما أمر الموكل أو الضمان فليكن المعوّل عليه، فليتأمل اهـ. ثم قال موفقاً بين عبارة الخانية السابقة الثانية القائلة: وإن لم يكن له دين على الوكيل لا يجبر وبين عبارة الفوائد لابن نجيم القائلة لا يجبر الوكيل إذا امتنع عن فعل ما وكل فيه إلا في مسائل إلخ ما نصه: أقول الذي ذكره في الفوائد مطلق عن قيد كونه من ماله أو من مال موكله أو من دين عليه، والفرع الأخر المنقول عن الخانية مقيد بما إذا لم يكن عليه دين وما قبله بما إذا لم يكن له مال تحت يده. وأنت إذا تأملت وجدت المسألة ثلاثية: إما أن يوجد أمره ولا مال له تحت يده ولا دين أو له واحد منهما، والظاهر: أن الوديعة مثل الدين لصحة التوكيل بقبضها كهو، فيحمل الدين في الفرع الثاني على مطلق المال حتى لا يخالف كلامه في الفرع الأول كلامه في الفرع الثاني لصحة وجهه، ويحمل كلامه في الفوائد على عدم وجود واحد منهما فيحصل التوفيق فلا مخالفة، فتأمل. اهـ.

وحاصله: أنه لا يجبر إذا لم يكن له عند الوكيل مال ولا دين، وعليك بالتأمل في هذا التوفيق. قوله: (لا يجبر عليه) لو قال: ولا يجبر الوكيل إذا امتنع عن فعل ما وكل فيه إلا في مسائل وهي الثلاثة الآتية لكان أولى لئلا يختص بما ذكر في المتن كما في الأشباه. كذا في الهامش. قوله: (لا يجبر عليه) أي: على البيع. قوله: (على المعتمد) وسيأتي في باب عزل الوكيل. قوله: (لكونه متبرعاً) علة لقوله: «لا يجبر». قوله: (بدفع عين ثم غاب) لاحتمال أنها له فيجب دفعها له. نور العين. قوله: (أو ببيع رهن شرط فيه إلخ) أي: سواء شرط في عقد الرهن التوكيل بالبيع أو بعده. قال في نور العين: لو لم يشرط التوكيل في البيع في عقد الرهن وشرط بعده، قيل لا يجب، وقيل يجب وهذا أصح اهـ. قوله: (بطلب المدعي) سنذكر بيانه في باب عزل الوكيل، وأشار إلى أن المراد بوكيل الخصومة وكيل المدعى عليه، فقول الدرر: وكيل خصومة لو أبى عنها لا يجبر عليها لأنه وعد أن يتبرّع ينبغي أن يخص بوكيل المدعي كما يفهم مما

المدعى عليه. أشباه. خلافاً لما أفتى به قارىء الهداية.

قلت: وظاهر الأشباه: أن الوكيل بالأجر يجبر، فتدبر، ولا تنس مسألة واقعة الفتوى، وراجع تنوير البصائر فلعله أوفى. وفي فروق الأشباه: التوكيل بغير رضا الخصم لا يجوز عند الإمام، إلا أن يكون الموكل حاضراً بنفسه أو مسافراً أو مريضاً أو مخدرة.

(الوكيل لا يوكل ....

هنا كما نبه عليه في نور العين، ويبعده قوله: إذا غاب المدعي فالأحسن ما سنذكره بعد[1]. قوله: (خلافاً لما أفتى به قارىء الهداية) مرتبط بالمتن، فإنه سئل هل يحبس الوكيل في دين وجب على موكله إذا كان للموكل مال تحت يده: أي: يد وكيله وامتنع الوكيل عن إعطائه سواء كان الموكل حاضراً أو غائباً؟ فأجاب إنما يجبر على دفع ما ثبت على موكله من الدين إذا ثبت أن الموكل أمر الوكيل بدفع الدين أو كان كفيلاً وإلا فلا يحبس اهـ ح. كذا في الهامش. قوله: (وظاهر الأشباه) حيث قال: ولا يجبر الوكيل بغير أجر على تقاضي الثمن وإنما يحيل الموكل ح.

ويستفاد هذا من قول الشارح: «لكونه متبرعاً» قبل الاستثناء. قال في الهامش: ولا يحبس الوكيل بدين موكله ولو كانت عامة إلا أن يضمن، وتمامه في وكالة الأشباه. قوله: (واقعة الفتوى) أي: السابقة آنفاً، وهي ما إذا وكله بقضاء الدين مما له عليه فتصير المستثنيات خمسة بضم الوكيل بالأجر. قوله: (وفي فروق الأشباه) تقدمت أول كتاب الوكالة[2]. قوله: (حاضراً بنفسه) انظر ما معنى هذا، فإنا لم نر من ذكره[3]، بل المذكور تعذر حضوره شرط، ولم أر هذه العبارة في فروق الأشباه فراجعها. قوله: (الوكيل لا يوكل) المراد أنه لا يوكل فيما وكل فيه فيخرج التوكيل بحقوق العقد فيما ترجع الحقوق فيه إلى الوكيل فله التوكيل بلا إذن لكونه أصيلاً فيها ولذا لا يملك نهيه عنها وصح توكيل الموكل كما قدمناه، بحر. وفيه: وخرج عنه ما لو وكل الوكيل بقبض الدين من

(1) قال الرافعي: قوله: (فالأحسن ما سنذكره بعد) لا تحرير فيما قاله تأمل.

(2) قال الرافعي: قوله: (تقدمت أول كتاب الوكالة) مع عدم مناسبتها لما الكلام فيه خلافاً لما يفيده كلام السندي.

(3) قال الرافعي: قوله: (انظر ما معنى هذا فإنا لم نر من ذكره إلخ) معناه ما إذا كان حاضراً مع خصمه مجلس القضاء، فإن التوكيل حينئذ لازم بدون رضا الخصم، ثم رأيت هذه العبارة في تتمة فروق «الأشباه» قبيل كتاب الدعوى لعمر بن نجيم وعبارته: التوكيل بغير رضا الخصم لا يجوز عند الإمام إلا أن يكون الموكل مسافراً أو مريضاً أو مخدرة، لكن إذا لم يكن الموكل حاضراً بنفسه، فإن كان حاضراً فأبى الخصم التوكيل لا يسمع منه، والفرق أنه إذا كان غائباً تتحقق تهمة التلبيس لا إن كان حاضراً.

إلا بإذن آمره)[1] لوجود الرضا **(إلا)** إذا وكله **(في دفع زكاة)** فوكل آخر ثم وثم فدفع الأخير جاز ولا يتوقف، بخلاف شراء الأضحية. أضحية الخانية **(و) إلا الوكيل (في قبض الدين)** إذا وكل **(من في عياله)** صح. ابن ملك **(و) إلا (عند تقدير الثمن) من** الموكل الأول **(له)** أي: لوكيله فيجوز بلا إجازته لحصول المقصود. درر **(والتفويض**

في عياله فدفع المديون إليه فإنه يبرأ لأن يده كيده، وذكره الشارح في السرقة اهـ. وذكر الثاني المصنف. **قوله:** **(بخلاف شراء الأضحية)** فلو وكل غيره بشرائها[2] فوكل الوكيل غيره ثم وثم فاشترى الأخير يكون موقوفاً على إجازة الأول، إن أجاز جاز وإلا فلا. بحر عن الخانية. **قوله:** **(تقدير الثمن)** أي: لو عين ثمنه لوكيله س. **قوله:** **(من الموكل الأول)** مخالف لما في البحر وللتعليل كما يظهر مما كتبناه على البحر، والموافق لما في البحر أن يقول من الوكيل الأول له: أي: للوكيل الثاني.

وأفاد اقتصاره على هذه المسائل أن الوكيل في النكاح ليس له التوكيل، وبه صرح في الخلاصة والبزازية[3] والبحر من كتاب النكاح، وقدمناه في باب الوليّ فراجعه، خلافاً لما قاله ط هناك بحثاً من أن له التوكيل قياساً على هذه المسألة الثالثة، فافهم. **قوله:** **(لحصول المقصود)** لأن الاحتياج فيه إلى الرأي لتقدير الثمن ظاهراً وقد حصل، بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن،

---

(1) **قال الرافعي:** **قول المصنف:** **(الوكيل لا يوكل إلا بإذن آمره)** رجل وكل رجلاً بتقاضي دينه أو خصومة أو بيع، وقال: ما صنعت من شيء فهو جائز كان للوكيل أن يوكل غيره، ولو أن الوكيل وكل غيره وقال: ما صنعت من شيء فهو جائز لم يكن للوكيل الثاني أن يوكل غيره، وروي أن له أن يوكل غيره اهـ. «خانية». مثله في «الأنقروية» ونقل المسألة في «الهندية» عن «الخانية» مقتصراً على الرواية الأولى، وفي «التتارخانية»: إذا وكل رجلاً ببيع أو شراء وقال له: اعمل برأيك، فوكل الوكيل وكيلاً، وقال له: اعمل فيه برأيك لم يكن للثاني أن يوكل الثالث نص عليه في كتاب الشفعة، وذكر في كتاب المضاربة: إذا قال رب المال للمضارب: اعمل فيه برأيك، فدفع المضارب المال إلى غيره مضاربة وقال: اعمل فيه برأيك كان للثاني أن يدفع المال إلى غيره مضاربة، فمن مشايخنا من قال: ما ذكر في المضاربة يصير رواية في الوكيل، وما ذكر في الوكيل يصير رواية في المضاربة، فعلى قول هذا القائل يصير في المسألتين روايتان، ومنهم من قال: بين المسألتين فرق وهو الأظهر اهـ. وفي حاشية «الدرر» لعبد الحليم: ولو قال الوكيل الأول ذلك لوكيله لم يكن توكيل ثالث بخلاف ما لو قال السلطان للقاضي: استخلف من شئت، وقال القاضي ذلك لمن استخلفه له الاستخلاف أيضاً اهـ.

(2) **قال الرافعي:** **قوله:** **(فلو وكل غيره بشرائها إلخ)** انظره مع ما يأتي عن «السراج».

(3) **قال الرافعي:** **قوله:** **(وبه صرح في «الخلاصة» و«البزازية» إلخ)** ما ذكره في «الخلاصة» وغيرها لا دلالة فيه على عدم صحة توكيل الوكيل في النكاح مع تسمية الزوج والمهر، فلم يكن ما قال ط مخالفاً للمنقول، والظاهر صحة قياس الوكالة في النكاح على الوكالة بالبيع مع التعيين في كل كما دل على ذلك ما نقله الشارح في باب الولي عن «القنية»، ولم أظفر بنقل في المسألة يخالف ما فيها.

إلى رأيه) كاعمل برأيك (كالإذن) في التوكيل (إلا في طلاق وعتاق) لأنهما مما يحلف به فلا يقوم غيره مقامه. قنية (فإن وكل) الوكيل غيره (بدونهما) بدون إذن وتفويض (ففعل الثاني) بحضرته أو غيبته (فأجازه) الوكيل (الأول صح)[1] وتتعلق حقوقه بالعاقد على الصحيح (إلا في) ما ليس بعقد نحو (طلاقٍ وعتاق) لتعلقهما بالشرط فكأن الموكل علقه بلفظ الأول دون الثاني (وإبراء) عن الدين. قنية (وخصومة وقضاء دين) فلا تكفي الحضرة[2]. ابن ملك خلافاً للخانية (وإن فعل أجنبيّ فأجازه الوكيل الأول (جاز إلا في شراء) فإنه ينفذ عليه ولا يتوقف متى وجد نفاذاً (وإن وكل به) أي: بالأمر أو التفويض (فهو) أي: الثاني (وكيل الآمر) وحينئذ (فلا ينعزل بعزل موكله أو موته وينعزلان بموت الأول) كما مر في القضاء. وفي البحر عن الخلاصة

لأنه لما فوّض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري كما مر. درر. قوله: (خلافاً للخانية) راجع إلى الخصومة كما قيده في المنح والبحر. قوله: (ينفذ عليه) أي: على الأجنبي. بحر عن السراج. قوله: (وإن وكل) أي: الوكيل. قوله: (أي بالأمر أو وكالة ملتبسة بالأمر بالتوكيل: أي: الإذن به. قوله: (وينعزلان) أي: الوكيل الأول والثاني. قوله: (بموت الأول) أي: الموكل، وكان الأولى التعبير به ح. قوله: (وفي البحر) الذي في البحر نسبة أن الثاني صار وكيل الموكل فلا يملك عزله فيما إذا قال: اعمل برأيك إلى الهداية، ونسبة أن له عزله في قوله: اصنع ما شئت إلى الخلاصة. ثم قال: وهو مخالف للهداية، إلا أن يفرق بين اصنع ما شئت وبين اعمل برأيك، والفرق ظاهر.

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (فأجازه الأول صح) ينظر الفرق بين هذا وبين ما نقله في «الدرر» عن الزيلعي من أن أحد الوكيلين لو تصرف بحضرة صاحبه، فإن أجاز صاحبه جاز وإلا فلا، ولو كان غائباً فأجاز لم يجز اهـ، حيث لم يعتبر إجازة الغائب من الوكيلين لما باشره الحاضر، واعتبر إجازة الوكيل الأول لما باشره الوكيل الثاني مع أن المقصود وهو حضور الرأي حاصل في كل. تأمل. والظاهر في وجه الفرق أن أحد الوكيلين لما لم يملك الفعل لم يملك الإجازة وإن حضر رأيه، إذ لا يملك الإجازة إلا من يملك الإنشاء، بخلاف الوكيل الأول فإنه يملك الإنشاء فيملك الإجازة مع حصول المقصود وهو حضور رأيه، وسيأتي في باب الوصي ما يخالف ما في «الدرر»، ثم رأيت في وقف هلال من باب إجارة الوقف: أوصى إلى جماعة فأجرها بعضهم لا يجوز إلا أن يجيزها الباقي اهـ، ثم رأيت في «العناية» الفرق فانظره.

(2) قال الرافعي: قول الشارح: (فلا تكفي الحضرة) ذكر السندي أول النكاح عند قول المصنف: وبما وضع أحدهما له إلخ أن مباشرة وكيل الوكيل بحضرة الوكيل في النكاح لا تكون كمباشرة الوكيل بنفسه بخلافه في البيع كما في الأصل، ونقل عصام في مختصره أنه جعله كالبيع، فلا يحتاج لقبوله. انتهى.

والخانية: لو عزله في قوله: اصنع ما شئت لرضاه وعزله من صنعه، بخلاف اعمل برأيك. **قال المصنف**: فعليه لو قيل للقاضي اصنع ما شئت فله عزل نائبه بلا تفويض العزل صريحاً لأن النائب كوكيل الوكيل.

واعلم أن الوكيل وكالة عامة مطلقة مفوّضة إنما يملك المعاوضات لا الطلاق والعتاق والتبرعات، به يفتى. زواهر الجواهر وتنوير البصائر.

(قال) لرجل: **(فوّضت إليك أمر امرأتي صار وكيلاً بالطلاق وتقيد)** طلاقه **(بالمجلس، بخلاف قوله: وكلتك)** في أمر امرأتي فلا يتقيد به. درر. من لا ولاية له على غيره لم يجز تصرفه في حقه، وحينئذ **(فإذا باع عبداً أو مكاتب أو ذمي)** أو حربي. عيني **(مال صغيره الحر المسلم أو شرى واحد منهم به أو زوج صغيرة كذلك)** أي: حرة مسلمة **(لم يجز)** لعدم الولاية **(والولاية في مال الصغير إلى الأب ثم وصيه ثم وصي وصيه)** إذ الوصي يملك الإيصاء **(ثم إلى)** الجد **(أبي الأب ثم إلى**

وعلل في الخانية بأنه لما فوّضه إلى صنعه فقد رضي بصنعه وعزله من صنعه اهـ. فليس في كلام الخلاصة والخانية التصريح بمخالفة أحدهما للآخر فيحتمل أن في المسألة قولين، ودعوى صاحب البحر ظهور الفرق غير ظاهرة لما في الحواشي اليعقوبية والحواشي السعدية أنه ينبغي أن يملكه في صورة[1] اعمل برأيك لتناول العمل بالرأي العزل كما لا يخفى اهـ. **قوله: (بخلاف اعمل برأيك)** بحث فيه في الحواشي اليعقوبية والسعدية. **قوله: (واعلم)** تكرار مع ما تقدم أول الكتاب مستوفى ح. **قوله: (زواهر الجواهر وتنوير البصائر)** هما حاشيتان على الأشباه: **الأولى**: للشيخ صالح، **والثانية**: لأخيه الشيخ عبد القادر ولدي الشيخ محمد بن عبد الله الغزي صاحب المنح. **قوله: (لعدم الولاية)** وكذا لا ولاية لمسلم على كافرة في نكاح ولا مال كما في البحر في كتاب النكاح من باب الولي، وتقدم هناك أيضاً متناً وشرحاً فليحفظ، **قال تعالى**: **﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾**(١). **قوله: (إلى الأب)** حيث لم يكن سفيهاً، أما الأب السفيه لا ولاية له في مال ولده. أشباه في الفوائد من الجمع والفرق. وفي جامع الفصولين: ليس للأب تحرير قنه بمال وغيره ولا أن يهب ماله ولو بعوض ولا إقراضه في الأصح، وللقاضي أن يقرض مال اليتيم والوقف والغائب، وليس لوصيّ القاضي إقراضه، ولو أقرضه ضمن؛ وقيل يصح للأب إقراضه إذ له الإيداع فهذا أولى اهـ عدة. كذا في الهامش. **قوله: (يملك الإيصاء)** سواء كان وصيّ الميت أو وصي القاضي. منح. **قوله: (ثم وصي وصيه)** قال في جامع الفوصلين في ٢٧: ولهم الولاية في

(1) **قال الرافعي: قوله: (ينبغي أن يملكه في صورة إلخ)** ونحوه في تكملة «الفتح».

(١) سورة: الأنفال (٨)، الآية: ٧٣.

وصيه) ثم وصي وصيه (ثم إلى القاضي ثم إلى من نصبه القاضي) ثم وصي وصيه (وليس لوصي الأم) ووصي الأخ (ولاية التصرف في تركة الأم مع حضرة الأب أو وصيه أو وصي وصيه أو الجد) أبي الأب (وإن لم يكن واحد مما ذكرنا فله) أي: لوصي الأم (الحفظ) وله (بيع المنقول لا العقار) ولا يشتري إلا الطعام والكسوة لأنهما من جملة حفظ الصغير. خانية.

فروع: وصي القاضي كوصي الأب إلا إذا قيد القاضي بنوع تقيد به، وفي الأب يعم الكل. عمادية. وفي متفرقات البحر القاضي أو أمينه لا ترجع حقوق عقد باشراه لليتيم إليهما، بخلاف وكيل ووصي وأب، فلو ضمن القاضي أو أمينه ثمن ما باعه لليتيم بعد بلوغه صح بخلافهم. وفي الأشباه: جاز التوكيل بكل ما يعقده الوكيل لنفسه إلا الوصي فله أن يشتري مال اليتيم لنفسه لا لغيره بوكالة وجاز التوكيل بالتوكيل.

٢ ــ بَابُ الْوِكَالَةِ بِالْخُصُومَةِ وَالْقَبْضِ

(وكيل الخصومة والتقاضي) أي: أخذ الدين (لا يملك القبض) عند زفر، وبه

الإجارة في النفس والمال والمنقول والعقار، فلو كان عقدهم بمثل القيمة أو يسير الغبن صح لا بفاحشة، ولا يتوقف على إجازته بعد بلوغه لأنه عقد لا مجيز له حال العقد، وكذا شراؤهم لليتيم يصح بيسير الغبن، ولو فاحشاً نفذ عليهم لا عليه، ولو بلغ في مدة الإجارة فلو كانت على النفس تخير أبطل أو أمضى، ولو على أملاكه فلا خيار له، وليس له فسخ البيع الذي نفذ في صغره فصط، قيل إنما يجوز إجارتهم اليتيم إذا كانت بأجر المثل لا بأقل منه، والصحيح جوازه ولو بأقل اهـ. كذا في الهامش، وقوله: «فصط» هو رمز لفوائد صاحب المحيط. قوله: (لا العقار) فيه كلام ذكره أبو السعود في حاشية مسكين فراجعه. قوله: (فله أن يشتري إلخ) أي: والنفع ظاهر. أشباه. والفرق أنه إذا اشترى لغيره فحقوق العقد من جانب اليتيم راجعة إليه، ومن جانب الآمر كذلك فيؤدي إلى المضارة بخلاف نفسه. حموي س. قوله: (بالتوكيل) بيانه في الأشباه من الوكالة.

بَابُ الْوِكَالَةِ بِالْخُصُومَةِ وَالْقَبْضِ

قوله: (أي أخذ الدين) هذا لغة وعرفاً هو المطالبة عناية ح. وكان عليه أن يذكر هذا المعنى، فإنهم بنوا الحكم عليه معللين بأن العرف قاض على اللغة، ولا يخفى عليك أن أخذ الدين بمعنى قبضه، فلو كان المراد المعنى اللغوي يصير المعنى الوكيل بقبض الدين لا يملك

يفتى لفساد الزمان، واعتمد في البحر العرف (و) لا (الصلح) إجماعاً. بحر (ورسول التقاضي يملك القبض لا الخصومة) إجماعاً. بحر. أرسلتك أو كن رسولاً عني إرسال وأمرتك بقبضه توكيل خلافاً للزيلعي (ولا يملكهما) أي: الخصومة والقبض (وكيل الملازمة كما لا يملك الخصومة وكيل الصلح) بحر (ووكيل قبض الدين يملكها) أي: الخصومة خلافاً لهما[1] لو وكيل الدائن، ولو وكيل القاضي لا يملكها

القبض وهو غير معقول. تدبر. **قوله:** (عند زفر) وروي عن أبي يوسف غرر الأفكار. **قوله:** (واعتمد في البحر العرف) حيث قال: وفي الفتاوى الصغرى: التوكيل بالتقاضي يعتمد العرف[2]، إن كان في بلدة كان العرف بين التجار أن المتقاضي هو الذي يقبض الدين كان التوكيل بالتقاضي توكيلاً بالقبض وإلا فلا. ح. وليس في كلامه ما يقتضي اعتماده. نعم نقل في المنح عن السراجية أن عليه الفتوى، وكذا في القهستاني عن المضمرات. **قوله:** (إجماعاً) لأن الوكيل بعقد لا يملك عقداً آخر. **قوله:** (وأمرتك بقبضه توكيل) قال في البحر أول كتاب الوكالة: فإن قلت: فما الفرق بين التوكيل والإرسال، فإن الإذن والأمر توكيل كما علمت: أي: من كلام البدائع من قوله الإيجاب من الموكل أن يقول: وكلتك بكذا أو افعل كذا أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه؟.

قلت: الرسول أن يقول له: أرسلتك أو كن رسولاً عني في كذا، وقد جعل منها الزيلعي في باب خيار الرؤية أمرتك بقبضه، وصرح في النهاية فيه معزياً إلى الفوائد الظهيرية أنه من التوكيل، وهو الموافق لما في البدائع، إذ لا فرق بين افعل كذا وأمرتك بكذا اهـ. وتمامه فيه. **قوله:** (خلافاً للزيلعي) حيث جعل أمرتك بقبضه إرسالاً. ح. كذا في الهامش. **قوله:** (وكيل الصلح) لأن الصلح مسالمة لا مخاصمة. **قوله:** (أي الخصومة) حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده. وقالا: لا يكون خصماً. زيلعي. **قوله:** (ولو وكيل القاضي) بأن وكله بقبض

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (أي: الخصومة خلافاً لهما) فإن قبض الدين عنده قبض بمثل حقه وعندهما بعينه، وتقبل البينة على الوكالة عندهم اهـ. قهستاني.

(2) قال الرافعي: قوله: (التوكيل بالتقاضي يعتمد العرف إلخ) ومثله ما ذكره في الفصل الخامس في مسائل الوكيل بالإقراض من تتمة الفتاوى: التوكيل بالتقاضي يعتمد العرف إن كان في بلدة كان العرف بين التجار أن المتقاضي هو الذي يقبض الدين كان التوكيل بالتقاضي توكيلاً بالقبض وإلا فلا اهـ. وفي «الهندية» من الفصل السابع من الوكالة: الوكيل بالتقاضي وكيل بالقبض، لأن التقاضي تفاعل من الاقتضاء وهو عبارة عن القبض، وكان التوكيل بالتقاضي توكيلاً بالاقتضاء نصاً. وقال مشايخنا: ليس للوكيل بالتقاضي القبض، لأن العادة جرت بخلاف ذلك في بلادنا، وهل يملك الخصومة اختلف المشايخ فيه، وقيل يجب أن يملك الخصومة عند أبي حنيفة وهو الأصوب، والأشبه، فإن محمداً ذكر عقب هذه المسألة في كتاب الوكالة: الوكيل بالتقاضي وكيل بالخصومة اهـ.

اتفاقاً كوكيل قبض العين إتفاقاً. وأما وكيل قسمة وأخذ شفعة ورجوع هبة ورد بعيب فيملكها مع القبض[1] اتفاقاً. ابن ملك.

(أمره بقبض دينه وأن لا يقبضه إلا جميعاً فقبضه إلا درهماً لم يجز قبضه) المذكور **(على الآمر)** لمخالفته له فلم يصر وكيلاً (و) الآمر **(له الرجوع على الغريم بكله)** وكذا لا يقبض درهماً دون درهم. بحر **(ولو لم يكن للغريم بينة على الإيفاء فقضى عليه)** بالدين **(وقبضه الوكيل فضاع منه ثم برهن المطلوب)** على الإيفاء للموكل **(فلا سبيل له)** للمديون **(على الوكيل، وإنما يرجع على الموكل)** لأن يده كيده. ذخيرة **(الوكيل بالخصومة إذا أبى)** الخصومة **(لا يجبر عليها)** في الأشباه: لا

دين الغائب. شرنبلالية. **قوله: (أمره بقبض دينه)** قال في الهامش نقلاً عن الهندية: الوكيل بقبض الدين إذا أخذ العروض من الغريم والموكل لا يرضى ولا يأخذ العروض، فللوكيل أن يردّ العروض على الغريم ويطالبه بالدين، كذا في جواهر الفتاوى.

رجل له على رجل ألف درهم وضح فوكل رجلاً بقبضها وأعلمه أنها وضح فقبض الوكيل ألف درهم غلة وهو يعلم أنها غلة لم يجز على الآمر، فإن ضاعت في يده ضمنها الوكيل ولم يلزم الآمر بشيء، ولو قبضها وهو لا يعلم أنها غلة فقبضه جائز ولا ضمان عليه، وله أن يردها ويأخذ خلافها، فإن ضاعت من يده فكأنها ضاعت من يد الآمر، ولا يرجع بشيء في قياس قول أبي حنيفة، وفي قياس قول أبي يوسف: يردّ مثلها ويأخذ الوضح اهـ.

أقوله: الأوضاح حليّ من فضة جمع وضح، وأصله البياض. مغرب. وفي المختار: والأوضاح حليّ من الدارهم الصحاح. وذكر في الهامش: دفع إلى رجل مالاً يدفعه إلى رجل فذكر أنه دفعه إليه وكذبه في ذلك الآمر والمأمور له بالمال فالقول قوله: في براءة نفسه عن الضمان، والقول قول الآخر أنه لم يقبضه، ولا يسقط دينه عن الآمر، ولا يجب اليمين عليهما جميعاً، وإنما يجب على الذي كذبه دون الذي صدقه، فإن صدق المأمور في الدفع فإنه يحلف بالله ما قبض، فإنه حلف لا يسقط دينه، وإن نكل سقط وصدق الآخر أنه لم يقبضه، وإن كذب المأمور فإنه يحلف المأمور خاصة لقد دفعه إليه، فإن حلف بريء، وإن نكل لزمه ما دفع إليه اهـ هندية من فصل: إذا وكل إنساناً بقضاء دين عليه. **قوله: (درهماً دون درهم)** معناه لا يقبض متفرقاً، فلو قبض شيئاً دون شيء لم يبرأ الغريم من شيء. جامع الفصولين. وفيه وكيل قبض الوديعة قبض بعضها جاز، فلو أمر أن لا يقبضها إلا جميعاً فقبض بعضها ضمن ولم يجز القبض، فلو قبض ما بقي قبل أن يهلك الأول جاز القبض على الموكل اهـ. **قوله: (في الأشباه إلخ)** الظاهر: أنه أراد بالنقل المذكور الإشارة إلى مخالفته لما في الأشباه، فإن من جملة الثلاث كما

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (فيملكها مع القبض) أي: قبض العين.

يجبر الوكيل إذا امتنع عن فعل ما وكل فيه لتبرعه إلا في ثلاث كما مر (**بخلاف الكفيل**) فإنه يجبر عليها للالتزام.

(**وكله بخصوماته وأخذ حقوقه**[1] **من الناس على أن لا يكون وكيلاً فيما يدعي على الموكل جاز**) هذا التوكيل (**فلو أثبت**) الوكيل (**المال له**) أي: لموكله (**ثم أراد الخصم الدفع لا يسمع على الوكيل**)[2] لأنه ليس بوكيل فيه. درر (**وصح إقرار الوكيل بالخصومة**) لا بغيرها مطلقاً (**بغير الحدود والقصاص**) على موكله (**عند**

تقدم قبل هذا الباب أنه يجبر الوكيل بخصومة بطلب المدعي إذا غاب المدعى عليه، وقد تبع المصنف صاحب الدرر[3].

وقال في العِزمية: لم نجد هذه المسألة هنا لا في المتون ولا في الشروح، ثم أجاب كالشرنبلالي بأنه لا يجبر عليها، يعني ما لم يغب موكله، فإذا غاب يجبر عليها كما ذكره المصنف في باب رهن يوضع عند عدل اهـ. وهذا أحسن مما قدمناه عن نور العين. تأمل. هذا، ولكن المذكور في المنح متناً موافق لما في الأشباه، فإنه ذكر بعد قوله: لا يجبر عليها: إلا إذا كان وكيلاً بالخصومة بطلب المدعى عليه وغاب المدعي، وكأنه ساقط من المتن الذي شرح عليه الشارح. تأمل. **قوله**: (**وصح إقرار الوكيل**) يعني إذا ثبت وكالة الوكيل بالخصومة وأقر على موكله سواء كان موكله المدعي فأقر باستيفاء الحق أو المدعى عليه فأقر بثبوته عليه. درر. **قوله**: (**بالخصومة**) متعلق بالوكيل. **قوله**: (**لا بغيرها**) أي: لا إقرار الوكيل بغير الخصومة أيّ وكالة كانت. **قوله**: (**بغير الحدود والقصاص**) متعلق بإقرار. ....

---

(1) **قال الرافعي**: **قول المصنف**: (**وكله بخصوماته وأخذ حقوقه إلخ**) في محاضر «نور العين» ردّ محضراً ذكر فيه أنه وكله في الدعاوى والخصومات، ولم يذكر فيه في جميع الدعاوى بأن الألف واللام فيهما للجنس لدخولهما على اسم الجمع، فكانتا للجنس، والحكم فيها أن يتناول الأدنى مع احتمال الأعلى فيتناول خصومة واحدة وأنها مجهولة، فلا بد من بيانها، أو يقول في جميع الدعاوى والخصومات اهـ. وفي الأنقروي من الفصل الثاني ادّعى أنه وكيل فلان وكله بالدعوى على فلان وأقام عليه بينة هل تسمع أجاب: لا لأن بيان المدّعي فيه شرط صحة التوكيل، ولم يوجد من دعوى القاعدية، ولو أرسل الوكالة بالخصومة بأن قال: وكلتك بالخصومة ولم يزد على هذا لا يصير وكيلاً، وحكى خلافاً فيما لو قال: وكلتك بخصومة ما بيننا فانظره.

(2) **قال الرافعي**: **قول المصنف**: (**لا يسمع على الوكيل**) أي: ويحكم بالمال على المدّعى عليه ويتبع الدائن بدفعه. شرنبلالي. لكن قد يقال: المفهوم مما سبق سماع البينة لقصر اليد، وينظر الفرق بين الدين والعين.

(3) **قال الرافعي**: **قوله**: (**وقد تبع المصنف صاحب «الدرر» إلخ**) لا تحرير في هذه المسألة هنا ولا فيما سبق.

القاضي دون غيره) استحساناً **(وإن انعزل)** الوكيل **(به)** أي: بهذا الإقرار حتى لا يدفع إليه المال وإن برهن بعده على الوكالة للتناقض. درر **(وكذا إذا استثنى)** الموكل **(إقراره)** بأن قال: وكلتك بالخصومة غير جائز الإقرار صح التوكيل والاستثناء على الظاهر. بزازية **(فلو أقر عنده)** أي: القاضي **(لا يصح وخرج به عن الوكالة)** فلا تسمع خصومته. درر **(وصح التوكيل بالإقرار ولا يصير به)** أي: بالتوكيل **(مقراً)** بحر **(وبطل توكيل الكفيل بالمال)** لئلا يصير عاملاً لنفسه **(كما)** لا يصح **(لو وكله بقبضه)** أي: الدين **(من نفسه أو عبده)** لأن الوكيل متى عمل لنفسه بطلت إلا إذا وكل

قوله: (استحساناً) والقياس أن لا يصح عند القاضي أيضاً لأنه مأمور بالمخاصمة والإقرار يضرها لأنه مسالمة ح. **قوله: (انعزل)** أي: عزل نفسه لأجل دفع الخصم. وانى. ورده عزمي زاده ط. قال في الهداية: تحت قوله: انعزل: أي: لو أقيمت البينة على إقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة اهـ. **قوله: (حتى لا يدفع إليه المال)** أي: لا يؤمر الخصم بدفع المال إلى الوكيل، لأنه لا يمكن أن يبقى وكيلاً بجواب مقيد وهو الإقرار، وما وكله بجواب مقيد وإنما وكله بالجواب مطلقاً اهـ ح عن شرح الهداية معزياً لقاضي زاده. **قوله: (للتناقض)** لأنه زعم أنه مبطل في دعواه. درر. **قوله: (بأن قال)** المسألة على خمسة أوجه مبسوطة في البحر. **قوله: (على الظاهر)** أي: ظاهر الرواية، ومثله استثناء الإنكار فيصح منها[1] في ظاهر الرواية. زيلعي وبيانه فيه. **قوله: (أي بالتوكيل)** التوكيل بالإقرار صحيح، ولا يكون التوكيل به قبل الإقرار إقراراً من الموكل. وعن الطواويسي: معناه أن يوكل بالخصومة ويقول خاصم فإذا رأيت لحوق مؤنة أو خوف عار عليّ فأقر بالمدعي يصح إقراره على الموكل. كذا في البزازية رملي.

قلت: ويظهر منه وجه عدم كونه إقراراً، ونظيره صلح المنكر. **قوله: (وبطل توكيل الكفيل)** فلو أبرأه عن الكفالة لم تنقلب صحيحة لوقوعها باطلة ابتداء كما لو كفل عن غائب فإنه يقع باطلاً ثم إذا أجازه لم يجز. **قوله: (بالمال)** متعلق بالكفيل ح وسيأتي محترزه متناً. **قوله: (لو وكله بقبضه)** أي: فيما لو أعتق المولى عبده[2] المديون حتى لزمه ضمان قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين، فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلاً، لأن الوكيل من يعمل لغيره والمولى عامل لنفسه لأنه يبرىء به نفسه فلا يصح وكيلاً كفاية. **قوله: (لأن الوكيل)** قال في الهامش: أي: لأن الوكيل عامل لغيره، فمتى عمل لنفسه فقط بطلت الوكالة اهـ أشباه. **قوله: (إلا إذا إلخ)** الاستثناء مستدرك، ....

(1) قال الرافعي: قوله: (ومثله استثناء الإنكار فيصح منها) أي: الطالب أو المطلوب.

(2) قال الرافعي: قوله: (أي: فيما لو أعتق المولى عبده إلخ) جعل في «الهداية» هذه المسألة نظير مسألة الكفالة، فهي غير داخلة في كلام المصنف.

المديون بإبراء نفسه فيصح، ويصح عزله قبل إبرائه نفسه. أشباه (**أو وكل المحتال المحيل بقبضه من المحال عليه**) أو وكل المديون وكيل الطالب بالقبض لم يصح لاستحالة كونه قاضياً ومقتضياً. قنية (**بخلاف كفيل النفس والرسول ووكيل الإمام ببيع الغنائم والوكيل بالتزويج**) حيث يصح ضمانهم لأن كلاً منهم سفير (**الوكيل بقبض الدين إذا كفل صح وتبطل الوكالة**) لأن الكفالة أقوى للزومها فتصلح ناسخة (**بخلاف العكس، وكذا كلما صحت كفالة الوكيل بالقبض بطلت وكالته تقدمت الكفالة أو تأخرت**) لما قلنا (**وكيل البيع إذا ضمن الثمن للبائع عن المشتري لم يجز**) لما مر أنه يصير عاملاً لنفسه (**فإن أدى بحكم الضمان رجع**) لبطلانه (**وبدونه لا**) لتبرّعه.

فانظر ما في البحر[1]، والمديون بالنصب وفاعل وكل مستتر فيه. **قوله**: (**قنية**) عبارتها كما في المنح، ولو وكله بقبض دينه على فلان فأخبر به المديون فوكله ببيع سلعته وإيفاء ثمنه إلى ربّ الدين فباعها وأخذ الثمن وهلك يهلك من مال المديون لاستحالة أن يكون قاضياً ومقتضياً. والواحد لا يصلح أن يكون وكيلاً للمطلوب والطالب في القضاء والاقتضاء اهـ. وتمامه في البحر فانظره. **قوله**: (**بخلاف كفيل النفس**) قيده الزيلعي بأن يوكله بالخصومة. **قال في البحر**: وليس بقيد، إذ لو وكله بالقبض من المديون صح اهـ. **قوله**: (**حيث يصح ضمانهم**) بالثمن والمهر، لأن كل واحد منهم سفير ومعبر. منح. والمناسب أن يقول: يصح توكيلهم، لكن لا يظهر في مسألة وكيل الإمام[2] ببيع الغنائم. تأمل. **قوله**: (**سفير**) أي: معبر عن غيره فلا تلحقه العهدة. **قوله**: (**بخلاف العكس**) هو تكرار محض ح: أي: مع قوله: وبطل توكيل الكفيل بالمال، لكن إذا لوحظ ارتباطه بقوله: فتصلح ناسخة إظهاراً للفرق بينهما لم يكن تكراراً تأمل. **قوله**: (**وكذا كلما إلخ**) تكرار محض مع ما قبلها ح. **قوله**: (**للبائع**) المناسب للموكل. **قوله**: (**لم يجز**) استشكله الشرنبلالي بوكيل الإمام ببيع الغنائم، ودفعه أبو السعود بما مر من أنه سفير ومعبر فلا تلحقه عهدة. **قوله**: (**عاملاً لنفسه**) لأن حق الاقتضاء له. **قوله**: (**رجع**) أي: على موكله بالبيع. ولقائل أن يقول: التبرع حصل في أدائه إليه بجهة الضمان كأدائه بحكم الكفالة عن المشتري بدون أمره فليتأمل. شرنبلالية. ولا يخفى أن التبرع في المقيس عليه إنما هو في نفس الكفالة، وأما الأداء فهو ملزم به شاء أو أبى، بخلاف مسألتنا، على أنه إذا أدى على حكم الضمان لا يسمى متبرعاً بل هو ملزم به في ظنه اهـ. ....

---

(1) قال الرافعي: قوله: (الاستثناء مستدرك فانظر ما في «البحر») ما قاله في «البحر» فيه تأمل، كما أن قوله: في «الأشباه» فقط كذلك.

(2) قال الرافعي: قوله: (لكن لا يظهر في مسألة وكيل الإمام إلخ) فيه تأمل.

(ادعى أنه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم أمر بدفعه إليه) عملاً بإقراره، ولا يصدق لو ادعى الإيفاء (فإن حضر الغائب فصدّقه) في التوكيل (فبها) ونعمت (وإلا أمر الغريم بدفع الدين إليه) أي: الغائب (ثانياً) لفساد الأداء بإنكاره مع يمينه (ورجع) الغريم (به على الوكيل إن باقياً في يده ولو حكماً) بأن استهلكه فإنه يضمن مثله. خلاصة (وإن ضاع لا) عملاً بتصديقه (إلا إذا) كان قد (ضمنه عند الدفع) بقدر ما يأخذه الدائن ثانياً لا ما أخذه الوكيل لأنه أمانة لا تجوز بها الكفالة. زيلعي وغيره (أو قال له: قبضت منك على أني أبرأتك من الدين) فهو كما لو قال الأب للختن عند أخذ مهر بنته: آخذ منك على أني أبرأتك من مهر بنتي، فإن أخذته البنت ثانياً رجع الختن على الأب فكذا هذا. بزازية (وكذا) يضمنه (إذا لم يصدّقه على الوكالة) يعم صورتي السكوت والتكذيب (ودفع له ذلك على زعمه) الوكالة، فهذه أسباب للرجوع عند الهلاك (فإن ادعى الوكيل هلاكه أو دفعه لموكله صدق) الوكيل (بحلفه وفي الوجوه) المذكورة (كلها) الغريم (ليس له الاسترداد حتى يحضر الغائب) وإن برهن

قوله: (عملاً بإقراره) أي: في مال نفسه لأن الديون تقضى بأمثالها، بخلاف إقراره بقبض الوديعة الآتي لأن فيها إبطالِ حق المالك في العين، سائحاني. (ولا يصدق إلخ) سيأتي متناً في قوله: «ولو وكله بقبض مال فادعى الغريم ما يسقط حق موكله إلخ». قوله: (لفساد الأداء) لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر، فقوله بإنكاره الباء للسببية، وقوله: (مع يمينه) يشير إلى أنه لا يصدق بمجرد الأنكار.

وفي البحر عن البزازية: ولو ادعى الغريم على الطالب حين أراد الرجوع عليه أنه وكل القابض وبرهن يقبل ويبرأ وإن أنكر حلفه، فإن نكل برىء اهـ. وفيه عنها أيضاً: وإن أراد الغريم أن يحلفه بالله ما وكلته له ذلك، وإن دفع عن سكوت ليس له إلا إذا عاد إلى التصديق، وإن دفع عن تكذيب ليس له أن يحلفه، وإن عاد إلى التصديق لكنه يرجع على الوكيل اهـ. فإطلاق الشارح في محل التقييد. تأمل. قوله: (فإنه يضمن مثله) الأولى بدله. تأمل. قوله: (قد ضمنه) بتشديد الميم بأن يقول: أنت وكيله لكن لا آمن أن يجحد الوكالة ويأخذ مني ثانياً فيضمن ذلك المأخوذ، فالضمير المستتر في وكله عائد إلى الوكيل[1] والبارز إلى المال. بحر. قوله: (أو قال) أي: مدعي الوكالة. قوله: (فهذه) أي: الثلاثة. وذكر في الهامش عن القول لمن من الوكالة في شخص أذن لآخر أن يعطي زيداً ألف درهم من ماله الذي تحت يده فادعى المأمور الدفع وغاب زيد وأنكر

---

(1) قال الرافعي: قوله: (فالضمير المستتر في وكله عائد إلى الوكيل إلخ) غير موافق لما في «البحر» فانظره.

أنه ليس بوكيل أو على إقراره بذلك أو أراد استخلافه لم يقبل لسعيه في نقض ما أوجبه للغائب. نعم لو برهن أن الطالب جحد الوكالة وأخذ مني المال تقبل. بحر. ولو مات الموكل وورثه غريمه أو وهبه له أخذه قائماً، ولو هالكاً ضمنه إلا إذا صدّقه على الوكالة، ولو أقرّ بالدين وأنكر الوكالة حلف ما يعلم أن الدائن وكله. عيني.

(قال: إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه) على المشهور خلافاً لابن الشحنة، ولو دفع لم يملك الاسترداد مطلقاً لما مر **(وكذا)** الحكم **(لو ادعى شراءها من المالك وصدقه)** المودع لم يؤمر بالدفع لأنه إقرار على الغير **(ولو ادعى انتقالها بالإرث أو الوصية منه وصدّقه أمر بالدفع إليه)** لاتفاقهما على ملك الوارث[1] **(إذا لم يكن على الميت دين مستغرق)** ولا بد من التلوم فيهما لاحتمال ظهور وارث آخر **(ولو أنكر موته أو قال: لا أدري لا)** يؤمر به ما لم يبرهن، ودعوى الإيصاء كوكالة فليس لمودع ميت ومديونه الدفع قبل ثبوت أنه وصى ولولا وصى فدفع لبعض الورثة برىء عن حصته فقط **(ولو وكله بقبض مال فادعى الغريم ما**

الإذن وطالبه بالبينة على الدفع فهل يلزمه ذلك؟ أجاب إن كان المال الذي عنده أمانة فالقول قول المأمور مع يمينه، وإن كان تعويضاً أو ديناً لم يقبل قوله إلا ببينة اهـ. **قوله: (لم يقبل)** ولا يكون له حق الاسترداد. **قوله: (خلافاً لابن الشحنة)** فيه أن ابن الشحنة نقل رواية عن أبي يوسف أنه يؤمر بالدفع وما هنا هو المذهب فلا معارضة ح. **قوله: (مطلقاً)** سواء سكت أو كذب أو صدق. **قوله: (لما مر)** أنه يكون ساعياً في نقض ما أوجبه للغائب.

وفي البحر: لو هلكت الوديعة عنده بعد ما منع، قيل لا يضمن وكان ينبغي الضمان لأنه منعها من وكيل المودع في زعمه اهـ. ومثله في جامع الفصولين. **قوله: (ولو ادّعى)** أي الوارث أو الموصى له. **قوله: (على ملك الوارث)** أي الموصي. **قوله: (ولا بد من التلوّم إلخ)** تقدمت هذه المسائل في متفرقات القضاء، وقدمنا الكلام عليها. **قوله: (ودعوى الإيصاء كوكالة)** فإذا صدقه ذو اليد لم يؤمر بالدفع له إذا كان عيناً في يد المقر لأنه أقر أنه وكيل صاحب المال بقبض الوديعة أو الغصب بعد موته فلا يصح، كما لو أقر أنه وكيله في حياته بقبضها، وإن كان المال ديناً على المقر فعلى قول محمد الأول: يصدق ويؤمر بالدفع إليه، وعلى قوله الأخير وهو قول أبي يوسف: لا يصدق ولا يؤمر بالتسليم إليه، وبيانه في الشرح. بحر.

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (لاتفاقهما على ملك الوراث) والحال أن ملكه قد زال بموته كما في الزيلعي، وفيه: لو ادّعى رجل أن صاحب المال مات ولم يدع وارثاً، وأنه أوصى له بما في يد رجل من عين أو دين وصدقة الذي في يده المال يؤمر بالتسليم إليه، لأنه لما ادّعى أنه لم يترك وارثاً ينزل منزلة الوارث إلخ.

يسقط حق موكله) كأداء أو إبراء أو إقراره بأنه ملكي **(دفع)** الغريم **(المال)** ولو عقاراً **(إليه)** أي: الوكيل لأن جوابه تسليم ما لم يبرهن، وله تحليف الموكل لا الوكيل لأن النيابة لا تجري في اليمين خلافاً لزفر(1) **(ولو وكله بعيب في أمة وادعى البائع أن المشتري رضي بالعيب لم يرد عليه حتى يحلف المشتري)** والفرق أن القضاء هنا

قوله: (أو إقراره) أي: الموكل بأنه ملكي. المسألة في جامع الفصولين حيث **قال:** قال: ادعى أرضاً وكالة أنه ملك موكلي فبرهن فقال ذو اليد: إنه ملكي وموكلك أقرّ به، فلو لم يكن له بينة فله أن يحلف الموكل لا وكيله، فموكله لو غائباً فللقاضي أن يحكم به لموكله، فلو حضر الموكل وحلف أنه لم يقر له بقي الحكم على حاله، ولو نكل بطل الحكم اهـ. وبه يظهر ما في كلام الشارح. **قوله: (لأن جوابه تسليم)** لأنه إنما ادعى الإيفاء وفي ضمن دعواه إقرار بالدين وبالوكالة، وتمامه في التبيين. **قوله: (ما لم يبرهن)** أي: على الإيفاء فتقبل لما مر أن الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة. بحر. **قوله: (لا الوكيل)** أي: على عدم علمه باستيفاء الموكل. بحر. **قوله: (لأن النيابة لا تجري في اليمين)** وكيل قبض الدين ادعى عليه المديون الإيفاء إلى موكله أو إبراءه وأراد تحليف الوكيل أنه لم يعلم به لا يحلف، إذ لو أقر به لم يجز على موكله لأنه على الغير. جامع الفصولين. وهذا التعليل أظهر مما ذكره الشارح(2) فتدبر.

وفي نور العين عن الخلاصة: وفي الزيادات في كل موضع لو أقرّ لزمه فإذا أنكر يستحلف إلا في ثلاث مسائل: وكيل شراء وجد عيباً فأراد الرد وأراد البائع تحليفه باللّه ما يعلم أن الموكل رضي بالعيب لا يحلف، فإن أقر الوكيل لزمه.

الثانية: وكيل قبض الدين إذا ادعى عليه المديون أن موكله أبرأه عن الدين واستحلف الوكيل على العلم لا يحلفه ولو أقرّ به لزمه. يقول الحقير: لم يذكر الثالثة في الخلاصة. وفي الثانية نظر إذ المقرّ به هو الإبراء الذي يدعيه المديون فكيف يتصور لزومه على الوكيل(3). **قوله: (ولو وكله بعيب)** أي: برد أمة بسبب عيب ح. **قوله: (لم يرد عليه إلخ)** أي: لم يرد الوكيل على البائع ح. كذا في الهامش. **قوله: (حتى يحلف إلخ)** يعني لا يقضي اتفاقاً(4) بالرد عليه حتى يحضر المشتري ويحلف أنه لم يرض بالعيب ح. كذا في الهامش. **قوله: (والفرق)** أي: بين هذه المسألة حيث لا

---

(1) **قال الرافعي: قوله المصنف: (خلافاً لزفر)** في حاشية عبد الحليم: صرح بعض بأن قول زفر هو الحق.

(2) **قال الرافعي: قوله: (وهذا التعليل أظهر مما ذكره الشارح)** وجهه أن اليمين المتوجهة على الأصيل غير المتوجهة على الوكيل، لكن عدم جواز الإقرار على الموكل محل نظر.

(3) **قال الرافعي: قوله: (فكيف يتصور لزومه على الوكيل)** فيه أن المراد بلزومه على الوكيل لزومه من حيث قصر يده.

(4) **قال الرافعي: قوله: (يعني لا يقضي اتفاقاً إلخ)** المناسب حذف اتفاقاً.

فسخ لا يقبل النقض، بخلاف ما مر خلافاً لهما (**فلو ردها الوكيل على البائع بالعيب فحضر الموكل وصدقه على الرضا كانت له لا للبائع**) اتفاقاً في الأصح لأنه القضاء لا عن دليل بل للجهل بالرضا ثم ظهر خلافه فلا ينفذ باطناً. نهاية (**والمأمور بالإنفاق**) على أهل أو بناء (**أو القضاء**) لدين (**أو الشراء أو التصدق عن زكاة إذا أمسك ما دفع إليه ونقد من ماله**) ناوياً الرجوع، كذا قيد الخامسة في الأشباه (**حال قيامه لم يكن متبرعاً**) بل يقع التقاص استحساناً (**إذا لم يضف إلى غيره**) فلو كانت وقت إنفاقه مستهلكة ولو بصرفها لدين نفسه أو أضاف العقد إلى دراهم نفسه ضمن وصار مشترياً لنفسه متبرعاً بالإنفاق لأن الدراهم تتعين في الوكالة. نهاية وبزازية. نعم في المنتقى: لو أمره أن يقبض من مديونه ألفاً ويتصدق فتصدق بألف ليرجع على المديون جاز استحساناً.

(**وصيّ أنفق من ماله و**) الحال أن (**مال اليتيم غائب فهو**) أي: الوصي كالأب (**متطوع إلا أن يشهد أنه قرض عليه أو أنه يرجع**) عليه. جامع الفصولين وغيره. وعلله في الخلاصة بأن قول الوصي: وإن اعتبر في الإنفاق لكن لا يقبل في الرجوع في مال اليتيم إلا بالبينة.

فروع: الوكالة المجردة لا تدخل تحت الحكم، وبيانه في الدرر: ....

ترد الأمة على البائع وبين التي قبلها حيث يدفع الغريم المال إلى الوكيل ح، كذا في الهامش. **قوله**: (**خلافاً لهما**) حيث قالا: لا يؤخر القضاء في الفصلين، لأن قضاء القاضي عندهما ينفذ ظاهراً فقط إذا ظهر الخطأ ح. **قوله**: (**فلا ينفذ باطناً**) اعترضه قاضي زاده أنه إذا جاز نقض القضاء ها هنا عند أبي حنيفة أيضاً بأي سبب كان لا يتم الدليل المذكور للفرق بين المسألتين ح. **قوله**: (**أو الشراء**) قيد به، لما في البحر عن الخلاصة: الوكيل ببيع الدينار إذا أمسك الدينار وباعه ديناره لا يصح. **قوله**: (**عن زكاة**) الظاهر: أنه ليس بقيد ح. ويدل عليه إطلاق ما يأتي عن المنتقى. **قوله**: (**إلى غيره**) أي: غير مال الآمر سواء أضاف إلى مال الآمر أو أطلق ح. **قوله**: (**وقت إنفاقه**) أي: أو شرائه أو تصدقه. **قوله**: (**لدين نفسه**) أو غيره ح. **قوله**: (**نعم إلخ**) لا وجه للاستدراك فإنها لا تنافي ما قبلها، فإن قيام الدين في ذمة المديون كقيام المال في يد الوكيل وصاحب المنح والبحر ذكراها من غير استدراك ح. **قوله**: (**وصي أنفق إلخ**) سيأتي تحرير هذه المسألة في آخر كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى. **قوله**: (**غائب**) والحاضر كذلك بالأولى. **قوله**: (**فروع**) تكرار مع ما يأتي قريباً أول الباب. **قوله**: (**بيانه في الدرر**) قال فيها. **قال في الصغرى**: الوكيل بقبض

صح التوكيل بالسلم لا بقبول عقد السلم، ....

الدين[1] إذا أحضر خصماً فأقر بالتوكيل وأنكر الدين لا تثبت الوكالة: حتى لو أراد الوكيل إقامة البينة على الدين لا تقبل اهـ. أقر بالتوكيل وأنكر الدين لا تثبت الوكالة لأنه لما أقر بالوكالة لا يكون خصماً بالدين، بخلاف ما إذا أنكر الوكالة وأقرّ بالدين فإنه يكون خصماً في إثبات الدين[2] لكون البينة واقعة على خصم منكر للوكالة فافهم. كذا في الهامش. قوله: (صح التوكيل بالسلم) أي: الإسلام، وقد تقدم التنبيه على هذه المسألة في باب الوكالة بالبيع والشراء حيث قال هناك: والمراد بالسلم الإسلام لا قبول السلم فإنه لا يجوز. ابن كمال. وأوضحناه بعبارة الزيلعي فراجعه. وفي شرح الوهبانية: قال في المبسوط: إذا وكله أن يأخذ الدراهم في طعام مسمى فأخذها الوكيل ثم دفعها إلى الموكل فالطعام على الوكيل وللوكيل على الموكل الدراهم قرض، لأنّ أصل التوكيل باطل لأن المسلم إليه أمره ببيع الطعام من ذمته إلى ذمة الوكيل[3]، ولو أمره أن يبيع عين ماله على أن يكون الثمن على الآمر كان باطلاً، فكذلك إذا أمره أن يبيع طعاماً في ذمته[4]

(1) قال الرافعي: قوله: (قال في «الصغرى» الوكيل بقبض الدين إلخ) وفي «الصغرى» أيضاً على ما نقله الشرنبلالي عنها: لو أقام الوكيل بقبض كل حق بينة شهدت دفعة على الوكالة، وعلى الحق للموكل على المدعى عليه قال الإمام: تقبل على الوكالة لا غير، فإذا قضى بها يؤمر الوكيل بإعادة البينة على الحق للموكل على المدعى عليه، وعندهما تقبل على الأمرين ويقضي بالوكالة أولاً ثم بالمال، وكذا الخلاف في دعوى الوصاية أو الوراثة اهـ. وفي الباب الثالث عشر من دعوى الوكالة من «الهندية» رجل قدم رجلاً إلى القاضي وقال: إن لفلان بن فلان على هذا ألف درهم، وقد وكلني بالخصومة فيها وفي كل حق له وبقبضه، وأقام البينة على ذلك جملة قال أبو حنيفة: لا أقبل البينة على المال حتى يقيم البينة على الوكالة، وإن أقام البينة على الوكالة والدين جملة يقضي بالوكالة ويعيد البينة على الدين، وقال محمد: إذا أقام البينة على الكل يقضي بالكل ولا يحتاج إلى إعادة البينة على الدين، وهذا استحسان والفتوى على قوله، وتمامه في الباب المذكور اهـ. وفي «الخانية» من الدعوى: فإن شهدوا على الأمرين معاً على الوكالة والدين في الاستحسان تقبل، فإذا ظهرت عدالة الشهود يقضي بهما لكن يقدم القضاء بالوكالة على القضاء بالدين إلى آخر ما فيها، وفيها من الوكالة أنه يقضي بهما لكنه يحمل على تقديم القضاء بالوكالة عملاً بما أفادته عبارته السابقة، لكن ذكر في «محاضر الهندية» أنه يقضي بالموت والوراثة ثم يقضي بالوصاية.

(2) قال الرافعي: قوله: (فإنه يكون خصماً في إثبات الدين) لعله الوكالة.

(3) قال الرافعي: قوله: (من ذمته إلى ذمة الوكيل) عبارة شرح «الوهبانية» في ذمته أي: ذمة إلخ، وقوله: على الآمر حقه للآمر كما هو في الأصل.

(4) قال الرافعي: قوله: (فكذلك إذا أمره أن يبيع طعاماً في ذمته) ذكر عقب هذا ما نصه: وهذا لأنه إنما يعتبر أمره فيما يملك المأمور بدون أمره، وهو في قبول السلم في الطعام يستغني عن أمر غيره، وقبول السلم من صنيع المفاليس، فالتوكيل به باطل كالتكدّي اهـ. شرح الوهبانية.

فللناظر أن يسلم من ريعه في زيته وحصره، وليس له أن يوكل به من يجعله بجعل أميناً على القرية فيأمره بعقد السلم ويستلم منه على ما قرر له باطناً لأنه وكيل الواقف والوكالة أمانة لا يصح بيعها. وتمامه في شرح الوهبانية.

وقبول السلم من صنيع المفاليس فالتوكيل به باطل. **قوله: (فللناظر أن يسلم إلخ)** فرعه على ما قبله لأنه كالوكيل على ما صرحوا به. وفي هذه العبارة إيجاز ألحقها بالألغاز، وهي مشتملة على مسألتين:

إحداهما: يجوز للقيم أن يسلم من ريع الوقف في زيته وحصره كالوكيل بعقد السلم ثم رأس المال وإن ثبت في ذمته كالمسألة السابقة فهو مأمور بدفع بدله من غلة الوقف، وليس المراد ثبوته في الذمة متأخراً فيفسد العقد، بل المراد أنه كالثمن ثبت في الذمة ثم ما يعطيه يكون بدلاً عما وجب وهنا يعطيه في المجلس كالتوكيل بالشراء يصح وإن لم يكن الثمن ملكه. أو نقول، الثمن هنا معين: أي: رأس مال السلم، لأن مال الأمانة يتعين بالتعيين.

ثانيتهما: قد علمت أن قيم الوقف وكيل الواقف والوكالة أمانة لا يصح بيعها. ولما اشتهر أن ذلك لا يصح جعل النظار له حيلة إذا أرادوا أن يجعلوا في القرية أميناً يحفظ زرعها ويقررون له على ذلك جعلاً، وهي أن يأمروه بعقد السلم ويستلمون من الوكلاء على ما هو مقرر لهم باطناً فالغلة المسلم فيها تثبت في ذمة الوكيل، ولو صرفها من غلة الوقف-ضمنها، ولو صرف مال السلم على المستحقين لم يرجع به في غلة الوقف وكان متبرعاً لأنه صرف مال نفسه في غير ما أذن له فيه تخريجاً على المسألة السابقة لأنه توكيل بقبول السلم. هذا حاصل ما ذكره شراح الوهبانية في هذا المحل، وقد صعب علي فهم هذا الكلام، ولم يتلخص منه حاصل مدة طويلة حتى فتح المولى بشيء يغلب على ظني أنه هو المراد في تصوير هذه الحيلة[1] في المسألة الثانية، وهي أن شخصاً يكون ناظراً على وقف فيريد أن يجعل أميناً قادراً عليه بحيث ينتفع هو عاجلاً والأمين آجلاً، فإذا أخذ من الأمين شيئاً على ذلك ليقوم مقامه ويأخذ مستغلات الوقف بدلا عن الجعل فهو لا يجوز، لأنه بيع الوكالة في المعنى، لما علمت أن الناظر وكيل الواقف، وهذا يفعل في زماننا كثيراً في المقاطعات والأوقاف ويسمونه التزاماً، فإذا تحيل له بهذه الحيلة، وهي أن يأخذ الناظر من الأمين مبلغاً معلوماً سلماً على غلة الوقف ليصرفه في مصارفه ويأخذ منه ما عينه له الواقف من العشر مثلاً ويستغل ذلك الأمين غلة الوقف على أنه المسلم فيه ليحصل للناظر نفع بنظارته وللأمين بأمانته فهو أيضاً لا يجوز، لأن الناظر وكيل عن الواقف، فكأنه صار وكيلاً عن الواقف في قبول عقد السلم وأخذ الدراهم على الغلة الخارجة، وقد علمت أن الجائز التوكيل

---

(1) قال الرافعي: قوله: (أنه هو المراد في تصوير هذه الحيلة إلخ) بالتأمل فيما قالوه وما قاله يظهر أن المؤدى واحد.

٣ ـ بَابُ عَزْلِ الْوَكِيلِ

(الوكالة من العقود الغير اللازمة) كالعارية **(فلا يدخلها خيار شرط ولا يصح الحكم بها مقصوداً، وإنما يصح في ضمن دعوى صحيحة على غريم)**[1] وبيانه في الدرر **(فللموكل العزل متى شاء** ....

بعقد السلم لا بقبوله، فإذا أخذ الدراهم وصرفها على المستحقين يكون متبرعاً صارفاً من مال نفسه وتثبت الغلة في ذمته فيلزمه مثلها، هذا ما ظهر لي. ثم لا يخفى أن هذا كله إنما يكون بعد بيان مقدار المسلم فيه مع سائر شروط السلم وإلا يكون فساده من جهة أخرى كما لا يخفى والله تعالى أعلم.

بَابُ عَزْلِ الْوَكِيلِ

قوله: **(خيار شرط)** لأنه إنما يحتاج إليه في عقد لازم[2] ليتمكن من له الخيار من فسخه إذا أراد. منح. قوله: **(فللموكل العزل)** قال الزيلعي: بعد تقرير مسألة عزل الوكيل: ما لم يتعلق به حق الغير، وعلى هذا قال بعض المشايخ: إذا وكل الزوج بطلاق زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وليس بشيء، بل له عزله في الصحيح لأن المرأة لا حق لها في الطلاق، وعلى هذا قالوا: لو قال الموكل للوكيل: كلما عزلتك فأنت وكيلي لا يملك عزله، لأنه كلما عزله تجددت الوكالة له، وقيل ينعزل بقوله: كلما وكلتك فأنت معزول.

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (في ضمن دعوى صحيحة على غريم) أي: من تحقق كونه خصماً من دعوى المدّعى، كأن ادّعى أن لفلان عليك كذا ووكلني بالخصومة فيه وقبضه مثلاً، فلا تثبت الوكالة في ضمن دعوى على غائب في وجه من يزعم أنه وكيله بدون تحقق وكالته مشافهة عند القاضي بحضور وكيل المدعي الغائب، وبدون سبق ثبوتها ثبوتاً شرعياً، ولذا ذكر في «البزازية» من الفصل السابع من كتاب الدعوى ما نصه: واحد من وكلاء المحكمة ادعى أنه وكيل عن فلان في طلب حقوقه، وعلى هذا المحضر كذا، فقال وكيل آخر من وكلاء المحكمة: إن موكلي هذا يريد المدعى عليه يقول: ليس عليّ هذا الحق وليس لي علم بالوكالة فبرهن الوكيل على الوكالة لا يقبل لعدم الخصم اهـ. ثم إن المذكور في «محاضر الهندية» أنه في دعوى الوصاية يبدأ المدعي بإقامة البينة، ثم يسأل المدعى عليه عنها لأن الجواب إنما يستحق بعد دعوى الخصم، وإنما يعرف كون المدعي خصماً بإثبات الوصاية وإن كثيراً من أهل هذه الصنعة يبدؤون بجواب المدعى عليه كما هو الرسم في سجلات سائر الدعاوى والخصومات اهـ. ومقتضى التعليل المذكور صحة أن يبدأ في دعوى الوكالة بإقامة البينة عليها، ثم يسأل الخصم تأمل.

(2) قال الرافعي: قوله: (لأنه إنما يحتاج إليه في عقد لازم إلخ) هذا التعليل لا يظهر في الوكالة اللازمة، وخيار الشرط يصح في كل لازم، ولو من أحد الجانبين يحتمل الفسخ إلا أن الأصل فيها عدم اللزوم، ولا عبرة بالعارض.

ما لم يتعلق به حق الغير) كوكيل خصومة بطلب الخصم كما سيجيء ولو الوكالة دورية ....

وقال صاحب النهاية: عندي أنه يملك عزله بأن يقول: عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك إلى المعلق والمنفذ وكلاهما ليس بشيء[1]، ولكن الصحيح إذا أراد عزله وأراد أن لا تنعقد الوكالة بعد العزل أن يقول: رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة، لأن ما لا يكون لازماً يصح الرجوع عنه والوكالة منه اهـ ملخصاً. قوله: (كوكيل خصومة) تمثيل لمدخل النفي: أي: ليس له عزله وإن علم به الوكيل لتعلق حق الغير به، فليس للموكل العزل كوكيل خصومة، وهو ما إذا وكل المدعى عليه وكيلاً بالخصومة بطلب الخصم الذي هو المدعي ثم غاب وعزله فإنه لا يصح لئلا يضيع حق المدعي ح. قوله: (كما سيجيء) أي: قريباً. قوله: (ولو الوكالة دورية) لا يخلو إما أن يكون مبالغة على قوله: «فللموكل العزل» أو على قوله: «ما لم يتعلق به حق الغير» فعلى الأول: يكون المعنى أن له العزل ولو كانت الوكالة دورية والمبالغة حينئذ ظاهرة، وعلى الثاني: أنه ليس له العزل في الوكالة الدورية، وعلى كل ففي كلام الشارح مناقشة. أما على الأول: فلمنافاته[2] لقوله: وسيجيء عن العيني خلافه، لأن الذي سيجيء أن له العزل فليس خلافه. وأما على الثاني: فلأنه يقتضي أنه مما تعلق به حق الغير وليس كذلك، لأن من يقول: بعدم عزله في الوكالة الدورية يقول: إنه لا يمكن لأنه كلما عزله تجددت له وكالة، وقوله: (في طلاق وعتاق) يحتمل أنه حال من الوكالة الدورية ويحتمل أنه مسألة أخرى من مدخول لو أيضاً: أي: ولو في طلاق وعتاق لا بقيد كونه في الوكالة الدورية، وفي كل مناقشة أيضاً، لأن البزازي لم يصحح شيئاً منهما، بل قال: وكله غير جائز الرجوع[3]. قال بعض المشايخ: ليس له أن يعزله في

(1) قال الرافعي: قوله: (وكلاهما ليس بشيء) لأن في الأول عزله وتوكيله من غير فصل بينهما دائم لا إلى نهاية، وليس فيه وكالة تنفع ولا عزل يمنع، وليس في الثاني ما يبطل الوكالة المعلقة لأن عزله لا يتناول إلا الموجودة، إذ لا يتصور عزل الوكيل قبل الوكالة، كما لا يتصور عزل القاضي أو السلطان قبل التولية ولكن الصحيح إلخ زيلعي.

(2) قال الرافعي: قوله: (أما على الأول فلمنافاته إلخ) فيه أن مراد الشارح أن له عزله عن الوكالة الدورية بقوله: عزلتك عنها فإنه يكون معزولاً عن الوكالات كلها بناء على ما صححه البزازي، حيث قال: علق وكالته بشرط ثم عزله قبل مجيئه صح عند محمد، وهو الأصح خلافاً للثاني اهـ. ومفاد كلام العيني الآتي من انعزاله بقوله: كلما وكلتك فأنت معزول أنه لا ينعزل بقوله: عزلتك عن هذه الوكالة الدورية، وما ذكره البزازي موافق لما نقله الزيلعي عن صاحب «النهاية»، وهو ما قاله شمس الأئمة اهـ، وذكر البزازي أيضاً ما نصه: والمختار أن الزوج يملك عزل وكيله بطلاق امرأته اهـ، وحينئذ فالمتعين في فهم عبارة الشارح إرجاع المبالغة لقوله: فللموكل العزل وتقدير دخول لو على قوله في طلاق وعتاق وجعل ذلك مسألة أخرى، وذكر في «الخلاصة» نحو ما في «البزازية».

(3) قال الرافعي: قوله: (وكله غير جائز الرجوع) هذه مسألة أخرى غير مسألة الوكالة الدورية.

في طلاق وعتاق على ما صححه البزازي وسيجيء عن العيني خلافه، فتنبه (بشرط علم الوكيل) أي: في القصدي، أما الحكمي فيثبت وينعزل قبل العلم كالرسول (ولو) عزله (قبل وجود الشرط في المعلق به) أي: بالشرط، به يفتى. شرح وهبانية (ويثبت ذلك) أي: العزل (بمشافهة به وبكتابة) مكتوب بعزله (وإرساله رسولاً) مميزاً (عدلاً أو غيره) اتفاقاً (حراً أو عبداً صغيراً أو كبيراً) صدقه أو كذبه، ذكره المصنف في متفرقات القضاء (إذا قال) الرسول: (الموكل أرسلني إليك لأبلغك عزله إياك عن وكالته، ولو أخبره فضولي) بالعزل (فلا بد من أحد شطري الشهادة) عدداً أو عدالة (كأخواتها) المتقدمة في المتفرقات، وقدمنا أنه متى صدقه قبل ولو فاسقاً اتفاقاً. ابن ملك. وفرّع على عدم لزومها من الجانبين بقوله (فللوكيل) أي: بالخصومة وبشراء المعين لا الوكيل بنكاح وطلاق[1] وعتاق ببيع ماله وبشراء شيء بغير عينه كما في الأشباه (عزل نفسه بشرط علم موكله) وكذا يشترط علم السلطان بعزل قاض

الطلاق والعتاق. وقال بعض مشايخنا: له العزل وليس فيه رواية مسطورة. وقال قبله: وعزل الوكيل بالطلاق والنكاح لا يصح بلا علم، لأنه وإن لم يلحقه ضرر لكنه يصير مكذباً فيكون غروراً اهـ. نعم يصح حمله على الثاني إن جعلت المبالغة على قوله: «فللموكل عزله». ولا يرد حينئذ عليه أنه مما لا حق فيه للغير كما سيصرح به، والظاهر: أن قوله: «وسيجيء عن العيني خلافه» وقع من سهو القلم، ولو حذفه لاستقام الكلام وانتظم. والعبارة الجيدة أن يقول: فللموكل العزل متى شاء ولو الوكالة دورية ما لم يتعلق به حق الغير كوكيل خصومة بطلب الخصم بشرط علم الوكيل ولو في طلاق وعتاق. قوله: (في طلاق وعتاق) «لو» داخلة على الظرف أيضاً فكأنه قال: ولو كانت الوكالة بطلاق أو عتاق: أي: فإن العزل فيها لا يصح س. قوله: (وسيجيء) أي: قريباً. قوله: (بشرط علم الوكيل) فلو أشهد على العزل في غيبة الوكيل لم يتضرر. بحر. قوله: (كالرسول) فإنه ينعزل قبل علمه. س. قوله: (بعزله) أي: إن وصل إليه المكتوب كما سيأتي في الفروع. قوله: (الموكل إلخ) هو مقول القول. قوله: (كأخواتها) وهي إخبار السيد بجناية عبده والشفيع بالبيع والبكر بالنكاح والمسلم الذي لم يهاجر بالشرائع والأخبار بعيب لمريد شراء وحجر مأذون وفسخ شركة وعزل قاض ومتولي وقف. قوله: (لا الوكيل بنكاح) فإنه يصح عزله نفسه في هذه الأشياء وإن لم يعلم الموكل لعدم تضرره. ح. قوله: (عزله نفسه) قال في الأشباه: لا يصح

---

(١) قال الرافعي: قول الشارح: (لا الوكيل بنكاح وطلاق إلخ) لكن التعليل المذكور لاشتراط علم الموكل شامل لأنواع الوكالات فانظره في الزيلعي وغيره، ثم رأيت في «الكفاية» أن ما في «الهداية» مخالف لعامة روايات الكتب.

وإمام نفسهما وإلا لا، كما بسطه في الجواهر (وكله بقبض الدين ملك عزله إن بغير حضرة المديون، وإن) وكله (بحضرته لا) لتعلق حقه به كما مر (إلا إذا علم به) بالعزل (المديون) فحينئذ ينعزل. ثم فرع عليه بقوله: (فلو دفع المديون دينه إليه) أي: الوكيل (قبل علمه) أي: المديون (بعزله يبرأ) وبعده لا لدفعه لغير وكيل (ولو عزل العدل) الموكل ببيع الرهن (نفسه بحضرة المرتهن إن رضي به) بالعزل (صح وإلا لا) لتعلق حقه به، وكذا الوكالة بالخصومة بطلب المدعي عند غيبته كما مر، وليس منه توكيله بطلاقها بطلبها على الصحيح لأنه لا حق لها فيه، ولا قوله: كلما عزلتك فأنت وكيلي لعزله بكلما وكلتك فأنت معزول. عيني (وقول الوكيل بعد القبول بحضرة الموكل ألغيت توكيلي[1] أو أنا بريء من الوكالة ليس بعزل كجحود الموكل) بقوله: لم أوكلك لا يكون عزلاً (إلا أن يقول) الموكل للوكيل: (والله لا أوكلك بشيء فقد عرفت تهاونك فعزل) زيلعي. لكنه ذكر في الوصايا[2] أن جحوده

عزل الوكيل نفسه إلا بعلم الموكل إلا الوكيل بشراء شيء بعينه[3] أو بيع ماله. ذكره في وصايا الهداية.

قلت: وكذا الوكيل في النكاح والطلاق والعتاق اهـ. وقال الباقاني: لا يصح ولا يخرج عن الوكالة قبل علم الموكل. وفي الزيلعي: عزل نفسه عن الوكالة ثم تصرف فيما وكل إليه قبل علم الموكل العزل صح تصرفه فيه اهـ. كذا في الهامش. قوله: (وإمام) أي: للصلاة منح: أي: لا يصح العزل إلا بعلم المولي. ونص الجواهر: لا ينعزل إلا إذا علم به السلطان ورضي بعزله. سائحاني. قوله: (ولو عزل إلخ) العدل فاعل عزل والموكل مبني للمجهول صفة العدل ونفسه مفعول عزل. قوله: (عند غيبته) أي: غيبة الخصم الموكل. قوله: (وليس منه) أي: ما تعلق به حق الغير حتى لا يملك عزل نفسه. قوله: (ولا قوله) معطوف على توكيله. قوله: (لعزله) قدمنا

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (ألغيت توكيلي إلخ) يتأمل في وجه كون ما ذكر ليس عزلاً، ثم رأيت في «الأشباه» من الفن الثالث ما ليس بلازم من الحقوق لا يتصف بالإسقاط كالوكالة والعارية وقبول الوديعة اهـ، وفي بعض رسائله: إن حق الوكالة والعارية والوديعة ينبغي أن لا يسقط بالإسقاط حتى لو قال المستعير: أسقطت حقي من الانتفاع بالعارية لا يسقط ما دام المعير لم يرجع، وله الانتفاع لأنها كملك الأعيان اهـ. وقال البعلي: إن للوكيل عزل نفسه بشرط علم الموكل، فهو من الحقوق التي تقبل الإسقاط اهـ، فعلم من هذا أن المصنف تبع «الأشباه»، وما فيه غير مرضي تأمل.

(2) قال الرافعي: قول الشارح: (لكنه ذكر في الوصايا إلخ) حقه التقديم، فإنه لم يذكر هذا الاستثناء، وقوله: وحمله المصنف إلخ غير مناسب انظر التكملة.

(3) قال الرافعي: قوله: (إلا الوكيل بشراء شيء بعينه) حقه بغير عينه.

عزل، وحمله المصنف على ما إذا وافقه الوكيل على الترك، لكن أثبت القهستاني اختلاف الرواية وقدم الثاني وعلله بأن جحوده ما عدا النكاح فسخ. ثم قال: وفي رواية لم ينعزل بالجحود اهـ فليحفظ.

(وينعزل الوكيل) بلا عزل **(بنهاية)** الشيء **(الموكل فيه كما لو وكله بقبض دين فقبضه)** بنفسه **(أو)** وكله **(بنكاح فزوّجه)** الوكيل. بزازية. ولو باع الموكل والوكيل معاً أو لم يعلم السابق فبيع الموكل أولى عند محمد، وعند أبي يوسف: يشتركان ويخيران كما في الاختيار وغيره **(و)** ينعزل **(بموت أحدهما**[1] **وجنونه مطبقاً)** بالكسر: أي: مستوعباً سنة على الصحيح. درر وغيرها. ....

عن الزيلعي طرق عزله عن الوكالة الدورية وما هو الصحيح فيها. وأما ما ذكره هنا ففي البحر: لو قال: كلما وكلتك فأنت معزول لم يصح. والفرق أن التوكيل يصح تعليقه بالشروط والعزل لا كما صرح به في الصغرى والصيرفية فإذا وكله لم ينعزل اهـ. **قوله: (لم ينعزل بالجحود)** وفي حاشية أبي السعود عن خط السيد الحموي عن الولوالجية تصحيح أن الجحود رجوع. **قال:** وعليه الفتوى. **قوله: (وينعزل الوكيل)** وفي شركة العناية: يشكل على هذا أن من وكل بقضاء الدين فقضاه الموكل ثم قضاه الوكيل قبل العلم لم يضمن مع أنه عزل حكمي. وأجيب بأن الوكيل بقضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدى مضموناً على القابض، لأن الديون تقضى بأمثالها وذلك يتصور بعد أداء الموكل وَلذا يضمنه القابض لو هلك، بخلاف الوكيل بالتصدق إذا دفع بعد دفع الموكل، فلو لم يضمن الوكيل يتضرر الموكل لأنه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه اهـ بنوع تصرف. سائحاني. **قوله: (فزوّجه الوكيل)** أشار بهذا وبما قبله إلى أن نهاية الموكل فيه إما أن تكون من جهة الموكل أو من جهة الوكيل وينعزل الوكيل بها، فلو طلق الموكل المرأة فليس للوكيل أن يزوجه إياها لأن الحاجة قد انقضت. وفي البزازية: وكله بالتزويج فتزوجها ووطئها وطلقها وبعد العدة زوّجها من الموكل صح لبقاء الوكالة. سائحاني.

أقول: الظاهر أن الضمير في تزوجها[2] للوكيل لا الموكل وإلا نافي ما هنا وما يأتي من أن تصرفه بنفسه عزل. تأمل. **قوله: (وينعزل)** وفي التجنيس من باب المفقود: رجل غاب وجعل داراً له في يد رجل ليعمرها فدفع إليه مالاً ليحفظه ثم فقد الدافع فله أن يحفظ وليس له أن يعمر الدار إلا بإذن الحاكم لأنه لعله قد مات، ولا يكون الرجل وصياً للمفقود حتى يحكم بموته اهـ. وبهذا علم أن الوكالة تبطل بفقد الموكل في حق التصرف لا الحفظ. بحر. ....

(1) **قال الرافعي: قول المصنف: (وبموت أحدهما)** ذكر في «خزانة المفتين» من الإيصاء لا ينعزل وكيل القاضي بعزله أو موته، ونقله في «البحر» عن قضائها.

(2) **قال الرافعي: قوله: (الظاهر أن الضمير في تزوجها إلخ)** صرح في «التتمة» بما استظهره هنا.

لكن في الشرنبلالية عن المضمرات: شهر، وبه يفتى. وكذا في القهستاني والباقاني، وجعله قاضيخان في فصل فيما يقضى بالمجتهدات قول أبي حنيفة، وأن عليه الفتوى فليحفظ (و) بالحكم (**بلحوقه مرتداً**) ثم لا تعود بعوده مسلماً على المذهب ولا بإفاقته. بحر.

وفي شرح المجمع: والعم أن الوكالة إذا كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض فلذا قال: (**إلا**) الوكالة اللازمة (**إذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل فلا ينعزل**) بالعزل، ولا (**بموت الموكل وجنونه كالوكيل بالأمر باليد والوكيل ببيع الوفاء**) لا ينعزلان بموت الموكل، ....

قوله: (**عن المضمرات شهر**) أي: مقدار شهر. **قوله**: (**بلحوقه مرتداً**) في إيضاح الإصلاح، المراد باللحاق ثبوته بحكم الحاكم. بحر. لكن عبارة درر البحار: ولحاقه بحرب فبطل بغير حكم به. **قال شارحه**: لأن أهل الحرب أموات في أحكام الإسلام وبلحاقه صار منهم اهـ.

وفي المجمع: ولحاق الموكل بعد ردته بدار الحرب يبطل: وقالا: أن حكم به. **قال ابن ملك**: لأن لحاقه إنما يثبت بقضاء القاضي، قيد باللحاق لأن المرتد قبله لا يبطل توكيله عندهما، وموقوف عنده، إن أسلم نفذ وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطل اهـ. فعلم أن ما في الإيضاح على قولهما، وفيه بحث في اليعقوبية فانظر ما كتبناه على البحر. **قوله**: (**بعوده مسلماً**) أي: سواء كان وكيلاً أو موكلاً. بحر. **قوله**: (**بحر**) عبارته: ومقتضاه: أنه لو أفاق بعد جنونه مطبقاً لا تعود وكالته. **قوله**: (**العدل**) مفعول وكل، وقوله: «أو المرتهن» عطف على «العدل» ح. **قوله**: (**والوكيل ببيع الوفاء**) لعل وجهه: أن بيع الوفاء في حكم الرهن فيصير وكيلاً بأن يرهن ذلك الشيء فيكون مما تعلق به حق الغير وهو المشتري: أي: المرتهن. تأمل. ثم رأيته منقولاً عن الحموي[1]، وما ذكره السائحاني من أنه يبيع الرهن فهو غفلة فتنبه. **قال جامعه**: الذي كتبه السائحاني في هذا المحل ما نصه: **قوله**: والوكيل ببيع الوفاء لعل صورته ما في المحيط: وكله ببيع عين له عزله إلا أن يتعلق به حق الوكيل بأن يأمره بالبيع واستيفاء الثمن بإزاء دينه. وقال

(1) **قال الرافعي**: **قوله**: (**ثم رأيته منقولاً عن الحموي**) عبارته: يعني وكله بالبيع وفاء وباع ثم مات الموكل لا تبطل الوكالة لتعلق حق المشتري بالبيع وفاء، وهذا موافق لما ذكره البزازي في الفصل الرابع من كتاب البيوع: وكل أخاه ببيع عقاره وفاء فباع ومات الموكل لا يخرج الوكيل عن الوكالة اهـ، والظاهر أن المراد بعدم خروجه عنها بقاء حقوق هذا العقد متعلقة به حتى كان للمشتري مطالبته بالثمن، وله قبض المبيع منه، وليس المراد أنه يملكه ثانياً بعد فسخ الأول، ولا أنه يملكه بالوكالة السابقة مع انتقال الملك للورثة حتى يكون مشكلاً، إلا أنه على هذا لا تكون خصوصية لمسألة التوكيل بالبيع وفاء، بل كل عقد له حقوق تتعلق بالوكيل لا ينعزل عنها بموت موكله.

بخلاف الوكيل بالخصومة أو الطلاق. بزازية.

قلت: والحاصل كما في البحر أن الوكالة ببيع الرهن لا تبطل بالعزل حقيقياً أو حكمياً ولا بالخروج عن الأهلية بجنون وردّة، وفيما عداها من اللازمة لا تبطل بالحقيقي بل بالحكمي وبالخروج عن الأهلية. قلت: فإطلاق الدرر فيه نظر (و) ينعزل (بافتراق أحد الشريكين) ولو بتوكيل ثالث بالتصرف (وإن لم يعلم الوكيل) لأنه عزل حكمي.

قاضيخان: إذا دفع إلى صاحب الدين عيناً وقال: بعه وخذ حقك منه فباعه وقبض الثمن فهلك في يده يهلك من مال المديون ما لم يحدث رب الدين فيه قبضاً لنفسه. زاد في البزازية: ولو قال: بعه لحقك صار قابضاً والهلاك عليه لا على المديون اهـ. وأما بيع الوفاء المعهود فهو في حكم الرهن اهـ. قوله: (بالخصومة) أي: بالتماس الطالب. بحر. قوله: (أو الطلاق) فيه أن التوكيل بالطلاق غير لازم كما تقدم. ح. والظاهر: أنه مبني على مقابل الأصح من أنه لازم. قوله: (بزازية) ونصها: فأما في الرهن فإذا وكل[1] الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل أو الوكيل بالأمر باليد لا ينعزل وإن مات الموكل أو جن، والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بجنون الموكل وموته، والوكيل بالطلاق ينعزل بموت الموكل استحساناً لا قياساً اهـ بحر. فتأمل. قوله: (وفيما عداها) أي: الوكالة، وهذا ينافي قول المتن: كالوكيل بالأمر باليد والوكيل ببيع الوفاء. ح. قوله: (فإطلاق الدرر) حيث قال: وذا أي: انعزال الوكيل في الصور المذكورة إذا لم يتعلق به: أي: بالتوكيل حق الغير، أما إذا تعلق به ذلك فلا ينعزل اهـ. فإن قوله: أما إذا تعلق به حق الغير يدخل فيه الوكالة بالخصومة بالتماس الطالب والحكم فيها ليس كذلك ح. وأصله في المنح. ولا يخفى أنه وارد على ما نقله الشارح عن شرح المجمع أيضاً. قوله: (ولو بتوكيل ثالث) أي: توكيل الشريكين أو أحدهما ثالثاً. بحر: يعني أنه تبطل الوكالة التي في ضمن الشركة ووكالة وكيلهما بالتصرف. وفيه إشكال من حيث إنه لا يصح أن ينفرد أحدهما بفسخ الشركة بدون علم صاحبه بل يتوقف على علمه لأنه عزل قصدي، فكيف يتصور أن ينعزل بدونه؟ ويمكن أن يحمل

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ونصها: فأما في الرهن فإذا وكل إلخ) صدر عبارتها قولهم: ينعزل بجنون الموكل وموته مقيد بالموضع الذي يملك الموكل عزل الوكيل فأما في الرهن إلخ، ومعلوم أنه لا يتأتى طلاقها بعد موت الزوج الموكل به فتخص مسألة التوكيل به بالجنون ويبطل التوكيل به بالموت، وعبارة الزيلعي: وإن كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض كما إذا كانت الوكالة مشروطة في عقد الرهن، وكذا إذا جعل أمر امرأته بيدها ثم جن لا يبطل أمرها لأنه ملكها التصرف فصار كتمليك العين اهـ، فقد جعل عدم بطلان الوكالة بالجنون لا بالموت، وكيف يتأتى عدم عزله بالموت وقد عجز عن التصرف معه، إذ لا يتأتى طلاق بعده.

(و) ينعزل (بعجز موكله لو مكاتباً وحجره) أي: موكله (لو مأذوناً كذلك) أي: علم أو لا، لأنه عزل حكمي كما مر، وهذا (إذا كان وكيلاً في العقود والخصومة، أما إذا كان وكيلاً في قضاء دين واقتضائه وقبض وديعة فلا) ينعزل بحجر وعجز، ولو عزل المولى وكيل عبده المأذون لم ينعزل (و) ينعزل (بتصرفه)[1] أي الموكل (بنفسه فيما وكل فيه تصرفاً يعجز الوكيل عن التصرف معه وإلا لا، كما لو طلقها واحدة والعدة باقية) فللوكيل تطليقها أخرى لبقاء المحل، ولو ارتد الزوج أو لحق وقع طلاق وكيله ما بقيت العدة (وتعود الوكالة إذا عاد إليه) أي: الموكل (قديم ملكه) كأنه وكله ببيع فباع موكله ثم رد عليه بما هو فسخ بقي على وكالته (أو بقي أثره) أي: أثر ملكه كمسألة العدة، بخلاف ما لو تجدد الملك.

على ما إذا هلك المالان أو أحدهما قبل الشراء، فإن الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التي كانت في ضمنها علما بذلك أو لم يعلما لأنه عزل حكمي إذا لم تكن الوكالة مصرحاً بها عند عقد الشركة. زيلعي س. **قوله: (لو مكاتباً)** يؤخذ من عموم بطلان الوكالة بعزل الموكل أن للمكاتب والمأذون عزل وكيلهما أيضاً كما نبه عليه في البحر. وقال فيه: وإن باع العبد، فإن رضي المشتري أن يكون العبد على وكالته فهو وكيل، وإن لم يرض بذلك لم يجبر على الوكالة، كذا في كافي الحكم، وهو يقتضي أن توكيل عبد الغير موقوف على رضا السيد، وقد سبق إطلاق جوازه على أنه لا عهدة عليه في ذلك إلا أن يقال إنه من باب استخدام عبد الغير اهـ.

ثم المكاتب لو كوتب أو أذن المحجور لم تعد الوكالة، لأن صحتها باعتبار ملك الموكل التصرف عند التوكيل وقد زال ذلك ولم يعد بالكتابة الثانية أو الإذن الثاني. شرح مجمع لابن ملك. **قوله: (لم ينعزل)** لأنه حجر خاص، والإذن في التجارة لا يكون إلا عاماً فكان العزل باطلاً؛ ألا ترى أن المولى لا يملك نهيه عن ذلك مع بقاء الإذن س. **قوله: (وينعزل إلخ) قال في الهامش:** ولو وكلت بالتزويج ثم إن المرأة تزوجت بنفسها خرج الوكيل عن الوكالة علم بذلك أو لم يعلم، ولو أخرجته عن الوكالة ولم يعلم الوكيل لا يخرج عن الوكالة، وإذا زوّجها جاز النكاح ولو كان وكيلاً من جانب الرجل بتزويج امرأة بعينها ثم إن الزوج تزوج أمها أو بنتها خرج الوكيل عن الوكالة. كذا في المحيط هندية. **قوله: (والعدة باقية)** الواو استئنافية لا للحال، فافهم. **قوله: (أو لحق)** أو ولم يحكم به فلا ينافي ما تقدم. **قوله: (وتعود الوكالة)** أي: يعود ملك التصرف للوكيل بموجب الوكالة السابقة، وليس المراد أنها تعود بعد زوالها لأنه لم ينعزل كما يفهم من قوله قبله: «وإلا لا» وعبارة الزيلعي: فالوكيل باق على وكالته. **قوله: (بقي على وكالته)** وإن ردّ بما لا يكون فسخاً لا تعود الوكالة، كما لو وكله في هبة شيء ثم وهبه الموكل ثم رجع في هبته لم

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (وبتصرفه إلخ) هذا ما سبق له من أنه ينعزل بنهاية الموكل فيه.

فروع: في الملتقط عزل وكتب لا ينعزل ما لم يصله الكتاب.

وكل غائباً ثم عزله قبل قبوله صح وبعده لا.

دفع إليه قمقمة ليدفعها إلى إنسان يصلحها فدفعها ونسي، لا يضمن الوكيل بالدفع.

أبرأه مما لو عليه بريء من الكل قضاء، وأما في الآخرة فلا إلا بقدر ما يتوهم أن له عليه.

وفي الأشباه: قال لمديونه: من جاءك بعلامة كذا أو من أخذ أصبعك أو قال: لك كذا فادفع إليه لم يصح لأنه توكيل المجهول فلا يبرأ بالدفع إليه. وفي الوهبانية قال:

وَمَنْ قَالَ: أَعْطِ الْمَالَ قَابِضَ خِنْصَرِ ... فَأَعْطَاهُ لَمْ يَبْرَأْ وَبِالْمَالِ يخسَرُ

وَبِعْهُ وَبِعْ بِالنَّقْدِ أَوْ بَعْ لِخَالِدٍ ... فَخَالَفَهُ قَالُوا يَجُوزُ التَّغَيُّر

وَفِي الدَّفْعِ قُلْ: قَوْلُ الْوَكِيلِ مُقَدَّمٌ ... كَذَا قَوْلُ رَبِّ الدَّيْنِ وَالْخَصْمُ يجبرُ

وَلَوْ قَبَضَ الدَّلَّالُ مَالَ الْمَبِيعِ كَيْ ... يُسَلِّمَهُ مِنْهُ وَضَاعَ يُشَطَّرُ

يكن للوكيل الهبة. منح. قوله: (وبعده لا) أي: حتى يصل إليه الخبر. قوله: (دفع إليه إلخ) وكيل البيع قال: بعته وسلمته من رجل لا أعرفه وضاع الثمن قال القاضي يضمن لأنه لا يملك التسليم قبل قبض ثمنه، والحكم صحيح والعلة لا، لما مر أن النهي عن التسليم قبل قبض ثمنه لا يصح، فلما لم يعمل النهي عن التسليم فلأن لا يكون ممنوعاً عن التسليم أولى، وهذه المسألة تخالف مسألة القمقمة. بزازية. قوله: (ونسي) أي: نسي من دفعها إليه. قوله: (أبرأه مما له عليه) انظر ما مناسبة ذكر هذا الفرع هنا.

فروع: بعث المديون المال على يد رسول فهلك، فإن كان رسول الدائن هلك عليه، وإن كان رسول المديون هلك عليه، وقول الدائن: ابعث بها مع فلان ليس رسالة منه فإذا هلك هلك على المديون، بخلاف قوله: ادفعها إلى فلان فإنه إرسال فإذا هلك هلك على الدائن، وبيانه في شرح المنظومة. أشباه. قوله: (أو بع لخالد) أي: أو قال: بعه وبع لخالد. قوله: (فخالفه) أي: لو خالفه يجوز البيع لأنه لما أمر بالبيع كان مطلقاً، ثم قوله: «وبع بالنقد أو بع لخالد» بعده كان مشورة، بخلاف قوله: «بع بالنقد أو بع لخالد» ونقل الجواز ولهذا أتى بصيغة قالوا. شرنبلالي ملخصاً. قوله: (وفي الدفع) أي: إذا وكله بدفع ألف يقضي بها دينه فادعى الدفع. قوله: (مقدم) على قول الموكل إنه لم يدفع. قوله: (ربّ الدين) أي: بأنه ما قبض. قوله: (والخصم يجبر) أي: يجبر الموكل على الدفع إلى الطالب. قوله: (مال المبيع) أي: الثمن. ابن الشحنة. قوله: (يشطر) أي: يصالح بينهما بالنصف.

٢٨ ــ كِتَابُ الدَّعْوَى

لا يخفى مناسبتها للوكالة بالخصومة (هي) لغة: قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره، وألفها للتأنيث فلا تنون، وجمعها دعاوى بفتح الواو كفتوى وفتاوى. درر. لكن جزم في المصباح بكسرها أيضاً فيهما محافظة على ألف التأنيث. وشرعاً: (قول مقبول)[1] عند القاضي (يقصد به طلب حق قبل غيره) خرج الشهادة والإقرار (أو دفعه) أي: دفع الخصم (عن حق نفسه) دخل دعوى دفع التعرض فتسمع، به يفتى. بزازية[2]. بخلاف دعوى قطع النزاع فلا تسمع. سراجية. وهذا إذا أريد بالحق في التعريف الأمر الوجودي، فلو أريد ما يعم

كِتَابُ الدَّعْوَى

في الفواكه البدرية لابن الغرس مسائل كثيرة تتعلق بالدعوى فلتراجع. قوله: (لكن جزم) عبارته مختلة قال في المصباح: وجمع الدعوى الدعاوى بكسر الواو لأنه الأصل كما سيأتي وبفتحها محافظة على ألف التأنيث ح. كذا في الهامش. قوله: (دعوى دفع التعرض) قال في البحر: اعلم أنه سئل قارىء الهداية عن الدعوى بقطع النزاع بينه وبين غيره، فأجاب لا يجبر المدعي على الدعوى لأن الحق له اهـ. ولا يعارضه ما نقلوه في الفتاوى من صحة الدعوى بدفع التعرض وهي مسموعة كما في البزازية والخزانة، والفرق ظاهر فإنه في الأول إنما يدعي أنه إن كان شيء يدعيه وإلا يشهد على نفسه بالإبراء، وفي الثاني إنما يدعي عليه أنه يتعرض في كذا بغير حق ويطالبه في دفع التعرض فافهم ح. كذا في الهامش.

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (قول مقبول إلخ) فيه إشارة إلى أنه لو كتب صورة دعوى بلا عجز عن تقريرها لم تسمع، كماأشير إليه في «الخزانة» قهستاني، وفي «الخزانة»: لو كان المدعي عاجزاً عن الدعوى عن ظهر قلب يكتب دعواه في صحيفة يدعي منها تسمع دعواه اهـ. «بحر».

(2) قال الرافعي: قول الشارح: (فتسمع به يفتى «بزازية») نحوه في «الخلاصة» من الفصل الأول من الدعوى.

الوجودي والعدمي لم يحتج لهذا القيد (والمدعي من إذا ترك) دعواه (ترك) أي: لا يجبر عليها (والمدعى عليه بخلافه) أي: يجبر عليها فلو في البلدة قاضيان كل في محلة فالخيار للمدعى عليه عند محمد، به يفتى. بزازية. ولو القضاة في المذاهب الأربعة على الظاهر، وبه أفتيت مراراً. بحر.

قوله: (لهذا القيد) أي: قوله: أو دفعه فإنه فصل قصد به الإدخال والفصل بعد الجنس قيد، فافهم. قوله: (فلو) أشار به إلى أن الجبر في أصل الدعوى لا فيمن يدعي بين يديه والتفريع لا يظهر ط. وفي بعض النسخ بالواو. قوله: (في محلة) أي: بخصوصها وليس قضاؤه عاماً. قوله: (بزازية) ليس ما ذكره عبارة البزازية. وعبارتها كما في المنح: قاضيان في مصر طلب كل واحد منهما أن يذهب إلى قاض فالخيار للمدعى عليه عند محمد، وعليه الفتوى اهـ.

وفي المنح قبل هذا عن الخانية: قال: ولو كان في البلدة قاضيان كل واحد منهما في محلة على حدة فوقعت الخصومة بين رجلين أحدهما من محلة والآخر من محلة أخرى والمدعي يريد أن يخاصمه إلى قاضي محلته والآخر يأبى ذلك اختلف فيها أبو يوسف ومحمد. والصحيح أن العبرة لمكان المدعى عليه، وكذا لو كان أحدهما من أهل العسكر والآخر من أهل البلدة اهـ. وعلله في المحيط كما في البحر بأن أبا يوسف يقول: إن المدعي منشىء للخصومة فيعتبر قاضيه، ومحمد يقول: إن المدعى عليه دافع لها[1] اهـ. وإنما حمل الشارح عبارة البزازي على ما في الخانية من التقييد بالمحلة لما قاله المصنف في المنح. هذا كله وكل عبارات أصحاب الفتاوى يفيد أن فرض المسألة التي وقع فيها الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيما إذا كان في البلدة قاضيان كل قاض في محلة. وأما إذا كانت الولاية لقاضيين أو لقضاة على مصر واحد على السواء فيعتبر المدعي في دعواه فله الدعوى عند أي: قاض أراده، إذ لا تظهر فائدة في كون العبرة للمدعي أو المدعى عليه، ويشهد لصحة هذا ما قدمناه من تعليل صاحب المحيط اهـ. ورده الخير الرملي وادعى أن هذا بالهذيان أشبه، وذكر أنه حيث كانت العلة لأبي يوسف أن المدعي منشىء للخصومة، ولمحمد أن المدعى عليه دافع لها لا يتجه ذلك، فإن الحكم دائر مع العلة اهـ. وهو الذي يظهر كما قال شيخنا.

وأقول: التحرير في هذه المسألة ما نقله الشارح عن خط المصنف ومشى عليه العلامة المقدسي كما نقله عنه أبو السعود.

وحاصله: أن ما ذكروه من تصحيح قول محمد: من أن العبرة لمكان المدعى عليه إنما هو فيما إذا كان قاضيان كل منهما في محلة وقد أمر كل منهما بالحكم على أهل محلته فقط بدليل قول

(1) قال الرافعي: قوله: (ومحمد يقول: إن المدعى عليه دافع لها) والدافع يطلب سلامة نفسه، والأصل البراءة، ومن طلب السلامة أولى بالنظر ممن طلب ضدها.

قال المصنف: ولو الولاية لقاضيين فأكثر على السواء فالعبرة للمدعي. نعم لو أمر السلطان: بإجابة المدعى عليه لزم اعتباره لعزله بالنسبة إليها كما مر مراراً.

قلت: وهذا الخلاف فيما إذا كان كل قاض على محلة على حدة، أما إذا كان في المصر حنفي وشافعي ومالكي وحنبلي في مجلس واحد والولاية واحدة فلا ينبغي أن يقع الخلاف في إجابة المدعي لما أنه صاحب الحق. كذا بخط المصنف على هامش البزازية، فليحفظ **(وركنها إضافة الحق إلى نفسه)** لو أصيلاً كلي عليه كذا **(أو)** إضافته **(إلى من ناب)** المدعي **(منابه)** كوكيل ووصي **(عند النزاع)** متعلق بإضافة الحق **(وأهلها العاقل المميز)** ولو صبياً لو مأذوناً في الخصومة وإلا لا. أشباه ....

العمادي: وكذا لو كان أحدهما من أهل العسكر والآخر من أهل البلد فأراد العسكري أن يخاصمه إلى قاضي العسكر فهو على هذا، ولا ولاية لقاضي العسكر على غير الجندي، فقوله: ولا ولاية دليل واضح على ذلك. أما إذا كان كل منهما مأذوناً بالحكم على أي: من حضر عنده من مصري وشامي وحلبي وغيرهم كما في قضاة زماننا فينبغي التعويل على قول أبي يوسف لموافقته لتعريف المدعى عليه[1]: أي: فإن المدعي هو الذي له الخصومة فيطلبها قبل أي: قاض أراد، وبه ظهر أنه لا وجه لما في البحر من أنه لو تعدد القضاة في المذاهب الأربعة كما في القاهرة فالخيار للمدعى عليه حيث لم يكن القاضي من محلتهما. قال: وبه أفتيت مراراً.

أقول: وقد رأيت بخط بعض العلماء نقلاً عن المفتي أبي السعود العمادي أن قضاة الممالك المحروسة ممنوعون عن الحكم على خلاف مذهب المدعى عليه اهـ. وأشار إليه الشارح. **قوله:** **(قال المصنف)** فيه ردّ على البحر لأن قضاة المذاهب في زماننا ولا يتهم على السواء في التعميم. **قوله:** **(على السواء)** أي: في عموم الولاية. **قوله:** **(لعزله)** أي: لعزل من اختاره المدعي عن الحكم بالنسبة إلى هذه الدعوى. **قوله:** **(كما مر)** من أن القضاء يتقيد. **قوله:** **(قلت)** مكرر مع ما قبله. **قوله:** **(على حدة)** أي: لا يقضي على غير أهلها. **قوله:** **(في مجلس)** قيد اتفاقي، والظاهر: أنه أراد في بلدة واحدة. **قوله:** **(والولاية واحدة)** أي: لم يخصص كل واحد بمحلة. **قوله:** **(عند النزاع)** **قال في البحر:** فخرج الإضافة حالة المسالمة فإنها دعوى لغة لا شرعاً، ونظيره ما في البزازية: عين في يد رجل يقول هو ليس لي وليس هناك منازع لا يصح نفيه، فلو ادعاه بعد ذلك لنفسه صح، وإن كان ثمة منازع فهو إقرار للمنازع، فلو ادعاه بعده لنفسه لا يصح، وعلى رواية الأصل لا يكون إقراراً بالملك له اهـ. **قال السائحاني:** أقول كلام البزازية مفروض في كون النفي[2] إقراراً للمنازع أولا، وليس فيه دعواه الملك لنفسه حالة المسالمة.

(1) **قال الرافعي:** قوله: **(لتعريف المدعى عليه)** في الأصل المدعي والمدعى عليه.

(2) **قال الرافعي:** قوله: **(أقول كلام «البزازية» مفروض في كون النفي إلخ)** فيه أن المراد بقوله: ونظيره =

(وشرطها) أي: شرط جواز الدعوى **(مجلس القضاء وحضور خصمه)** فلا يقضي على غائب وهل يحضره بمجرد الدعوى[1]؟ إن بالمصر أو بحيث يبيت بمنزله نعم، وإلا فحتى يبرهن أو يحلف. منية **(ومعلومية)** المال **(المدعى)** إذ لا يقضي بمجهول، ولا يقال مدعى فيه وبه إلا أن يتضمن الإخبار. (و) شرطها أيضاً **(كونها ملزمة)** شيئاً على الخصم بعد ثبوتها وإلا كان عبثاً **(وكون المدعى مما يحتمل الثبوت فدعوى ما يستحيل وجوده)** عقلاً أو عادة **(باطلة)** لتيقن الكذب في المستحيل العقلي كقوله لمعروف النسب أو لمن لا يولد مثله لمثله هذا ابني، وظهوره في المستحيل

قوله: **(وشرطها)** لم أر اشتراط لفظ مخصوص للدعوى وينبغي اشتراط ما يدل على الجزم والتحقيق، فلو قال: أشك أو أظن لم تصح الدعوى. بحر.

فائدة: لا تسمع الدعوى بالإقرار لما في البزازية عن الذخيرة: ادعى أن له كذا وأن العين الذي في يده له لما أنه أقر له به أو ابتدأ بدعوى الإقرار وقال: إنه أقر أن هذا لي أو أقر أن لي عليه كذا، قيل يصح، وعامة المشايخ على أنه لا تصح الدعوى لعدم صلاحية الإقرار للاستحقاق إلخ. بحر من فصل الاختلاف في الشهادة. وسيأتي متناً أول الإقرار. قوله: **(فحتى يبرهن أو يحلف)** هذان قولان لا قول واحد يخير فيه بين البرهان والتحليف فراجع البحر. قوله: **(ومعلومية المال المدعى)** أي: ببيان جنسه وقدره كما في الكنز. قوله: **(إذ لا يقضي بمجهول)** ويستثنى من فساد الدعوى بالمجهول دعوى الرهن والغصب، لما في الخانية معزياً إلى رهن الأصل: إذا شهدوا أنه رهن عنده ثوباً ولم يسموا الثوب ولم يعرفوا عينه جازت شهادتهم، والقول للمرتهن في أي: ثوب كان وكذلك في الغصب اهـ. فالدعوى بالأولى اهـ. بحر.

قلت: وفي المعراج: وفساد الدعوى إما أن لا يكون لزمه شيء على الخصم أو يكون المدعي مجهولاً في نفسه، ولا يعلم فيه خلاف إلا في الوصية بأن ادعى حقاً من وصية أو إقرار فإنهما يصحان بالمجهول وتصح دعوى الإبراء المجهول بلا خلاف اهـ. فبلغت المستثنيات خمسة. تأمل. قوله: **(ولا يقال مدعى فيه وبه)** وفي طلبة الطلبة: ولا يقال: مدعى فيه وبه وإن كان يتكلم به المتفقهة إلا أنه خطأ مشهور فهو خير من صواب مهجور. حموي ط. قوله: **(وإلا كان عبثاً)** أي: وإن لم تكن ملزمة، كما إذا ادعى التوكيل على موكله الحاضر فإنها لا تسمع لإمكان عزله كما في البحر. ح. كذا في الهامش. قوله: **(وظهوره)** بالجر عطف على تيقن.

ـ نظيره في اعتبار الحالتين لا في جعله دعوى مع المنازعة.

(1) قال الرافعي: قول الشارح: **(وهل يحضره بمجرد الدعوى إلخ)** في إجابة السائل المدعي إذا طلب إحضار خصمه، فإن كان في المصر أو قريباً أحضره القاضي بمجرد طلبه إلى آخر ما فيها، فلينظر مع ما قاله ط.

العادي كدعوى معروف بالفقر أموالاً عظيمة على آخر أنه أقرضه إياها دفعة واحدة أو غصبها منه، فالظاهر عدم سماعها. بحر. وبه جزم ابن الغرس في الفواكه البدرية (وحكمها وجوب الجواب على الخصم) وهو المدعى عليه بلا أو بنعم، حتى لو سكت كان إنكاراً فتسمع البينة عليه إلا أن يكون أخرس. اختيار. وسنحققه، وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات (فلو كان ما يدعيه منقولاً في يد الخصم[1] ذكر) المدعي (أنه في يده بغير حق) لاحتمال كونه مرهوناً في يده أو محبوساً بالثمن في يده (وطلب) المدعي (إحضاره[2] إن أمكن) فعلى الغريم إحضاره (ليشار إليه في الدعوى والشهادة) والاستحلاف (وذكر) المدعي (قيمته إن تعذر) إحضار العين بأن كان في نقلها مؤنة وإن قلت. ابن كمال معزياً للخزانة ....

قوله: (في الفواكه البدرية) قال في المنح: لكنه لم يستند في منع دعوى المستحيل العادي إلى نقل عن المشايخ.

قلت: لكن في المذهب فروع تشهد له، منها ما سيأتي آخر فصل التحالف. قوله: (وسنحققه) عند قول المصنف: «وقضى بنكوله مرة» قوله: (أنه في يده) فلو أنكر كونه في يده فبرهن المدعي أنه كان في يد المدعى عليه قبل هذا التاريخ بسنة هل يقبل ويجبر بإحضاره؟ قال صاحب تجامع الفصولين: ينبغي أن يقبل إذا لم يثبت خروجه من يده فتبقى ولا تزول بشك، وأقره في البحر، وجزم به القهستاني[3]. ورده في نور العين بأن هذا استصحاب، وهو حجة في الدفع لا في الإثبات كما في كتب الأصول. قوله: (وطلب المدعي إلخ) هذا إذا لم يكن المدعى عليه مودعاً، فإن ادعى عين وديعة لا يكلف إحضارها بل يكلف التخلية كما في البحر عن جامع الفصولين. قوله: (بأن كان في نقلها مؤنة) فيه أن هذا من قبيل الرحى والصبرة فذكره هنا سهو. قال في إيضاح الإصلاح: إلا إذا تعسر بأن كان في نقله مؤنة وإن قلت. ذكره في الخزانة ح. قوله:

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (فلو كان ما يدعيه منقولاً في يد الخصم إلخ) الذي حققه الشرنبلالي وغيره أن العقار كذلك لدفع الاحتمال المذكور فانظره.

(2) قال الرافعي: قول المصنف: (وطلب المدعي إحضاره إلخ) إحضار المنقول ليشار إليه في الدعوى والشهادة إنما هو فيما إذا كان البعض لا يشبه البعض، وإذا كان البعض يشبه البعض كالدنانير وما أشبهها لا يشترط الإحضار، لأن البعض يشبه البعض بحيث لا يمكن التمييز والفصل كما في أول «محاضر الأستروشنية» اهـ، ثم رأيت ذلك في «محاضر الهندية» من محضر دعوى العدليات واستهلاكها، وذكر في «الخانية» من فصل رجل ادعى عند القاضي على رجل حقاً أن القضاء بملك الدراهم والدنانير يمكن حال غيبتها إلخ، وذكره في الفصول.

(3) قال الرافعي: قوله: (وجزم به القهستاني) وكذا في «الخزانة».

(بهلاكها أو غيبتها) لأنه مثله معنى (وإن تعذر) إحضارها[1] (مع بقائها كرحى وصبرة طعام) وقطيع غنم (بعث القاضي أمينه) ليشار إليها (وإلا) تكن باقية (اكتفى) في الدعوى (بذكر القيمة) وقالوا: لو ادعى أنه غصب منه عين كذا ولم يذكر قيمتها تسمع فيحلف خصمه أو يجبر على البيان. درر وابن ملك. ولهذا لو (ادعى أعياناً

(أو غيبتها) بأن لا يدري مكانها. ذكره قاضي زاده. ح. قوله: (لأنه) أي: القيمة وذكر الضمير باعتبار المذكور وهو علة لقوله: «وذكر قيمته». قوله: (وإن تعذر) أي: تعسر. قوله: (وإلا تكن) تكرار مع قوله: «وذكر قيمته إن تعذر» س.

فرع: وصف المدعي المدعى فلما حضر خالف في البعض، إن ترك الدعوى الأولى وادعى الحاضر تسمع لأنها دعوى مبتدأة وإلا فلا. بحر عن البزازية. قوله: (بذكر القيمة) لأن عين المدعى تعذر مشاهدتها ولا يمكن معرفتها بالوصف، فاشترط بيان القيمة لأنها شيء تعرف العين الهالكة به غاية البيان. وفي شرح ابن الكمال: ولا عبرة في ذلك للتوصيف لأنه لا يجدي بدون ذكر القيمة، وعند ذكرها لا حاجة إليه، أشير إلى ذلك في الهداية اهـ. وفي القهستاني: وفي قوله: «وذكر قيمته إن تعذر» إشارة إلى أنه لا يشترط ذكر اللون والذكورة والأنوثة والسن في الدابة. وفيه خلاف كما في العمادية. وقال السيد أبو القاسم: إن هذه التعريفات للمدعي لازمة إذا أراد أخذ عينة أو مثله في المثلي، أما إذا أراد أخذ قيمته في القيمي فيجب أن يكتفي بذكر القيمة كما في محاضر الخزانة اهـ. قوله: (عين كذا) قال في البحر: والحاصل أنه في دعوى الغصب والرهن لا يشترط بيان الجنس والقيمة في صحة الدعوى والشهادة ويكون القول في القيمة للغاصب و المرتهن اهـ.

قلت: وزاد في المعراج دعوى الوصية والإقرار، قال: فإنهما يصحان في المجهول، وتصح دعوى الإبراء المجهول بلا خلاف اهـ. فهي خمسة. قوله: (ولهذا) أي: لسماعها في الغصب وإن لم يذكر القيمة. قال في الدرر: ولو قال: غصبت مني عين كذا ولا أدري قيمته قالوا: تسمع. قال في الكافي: وإن لم يبين القيمة وقال: غصبت مني عين كذا ولا أدري أهو هالك أو قائم ولا أدري كم كانت قيمته، ذكر في عامة الكتب أنه تسمع دعواه لأن الإنسان ربما لا يعلم قيمة ماله، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به.

أقول: فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم إذا أنكر والجبر على البيان إذا أقر أو نكل عن اليمين، فتأمل فإن كلام الكافي لا يكون كافياً إلا بهذا التحقيق ح. ....

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (إحضارها) قال في «البزازية»: وإن تحمل المدعي مؤنة الإحضار يحضر، وإن لم يتحمل مؤنة الإحضار لا يحضر.

مختلفة الجنس[1] والنوع والصفة وذكر قيمة الكل جملة كفى ذلك) الإجمال على الصحيح، وتقبل بينته أو يحلف خصمه على الكل مرة (وإن لم يذكر قيمة كل عين على حدة) لأنه لما صح دعوى الغصب بلا بيان فلأن يصح إذا بين قيمة الكل جملة بالأولى، وقيل في دعوى السرقة يشترط ذكر القيمة ليعلم كونها نصاباً، فأما في غيرها فلا يشترط. عمادية. وهذا كله في دعوى العين لا الدين، فلو (ادعى قيمة شيء مستهلك اشترط بيان جنسه ونوعه) في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي بماذا

قوله: (وتقبل بينته) أي: على القيمة. قوله: (أو يحلف) أي: عند عدم البينة. قوله: (لأنه) علة للعلة. قوله: (يشترط ذكر القيمة) قال الشيخ عمر مؤلف النهر: ينبغي أن يكون المعنى أنه إذا كانت العين حاضرة لا يشترط ذكر قيمتها إلا في دعوى السرقة. حموي. قوله: (وهذا كله) أي: المذكور من الشروط السابقة[2]. قوله: (لا الدين) ستأتي دعوى الدين في المتن. قوله: (اشترط بيان جنسه) أقول: لي شبهة في هذا المحل[3]، وهي أنه لو ادعى أعياناً مختلفة فقد مر أنه يكتفي

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (ادعى أعياناً مختلفة الجنس إلخ) في «الخانية» من باب ما يبطل دعوى المدعي: ادعى أعياناً مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل جملة، ولم يذكر قيمة كل عين وجنس ونوع على حدة بعضهم اكتفى بالإجمال، وهو الصحيح لأن المدعي إذا ادعى غصب هذه الأعيان لا يشترط لصحة الدعوى بيان القيمة، ثم ينظر إن ادعى أن الأعيان قائمة في يده يؤمر بإحضارها، فتقبل البينة بحضرتها، وإن قال: إنها هلكت في يده أو استهلكها، وبين قيمة الكل جملة تسمع دعواه وتقبل بينته، لأنه لما صح دعوى الغصب من غير بيان القيمة، فلأن يصح إذا بين قيمة الكل جملة أولى، وإن لم يدع الغصب وادعى أن في يد هذا كذا كذا من الأعيان، ولم يبين القيمة تسمع دعواه في حكم الإحضار وبعده كانت الدعوى بالإشارة إلى الأعيان، فلا يحتاج إلى ذكر القيمة، وإنما يشترط ذكر القيمة إذا كانت الدعوى دعوى سرقة، ليعلم أن السرقة كانت نصاباً أولا أما فيما سوى ذلك فلا حاجة إلى ذكرها.

(2) قال الرافعي: قوله: (أي: المذكور من الشروط السابقة) المناسب ما في الطحاوي فانظره.

(3) قال الرافعي: قوله: (أقول: لي شبهة في هذا المحلّ إلخ) ما ذكره المصنف هو منقول المذهب، والقصد أنه يشترط مع بيان القيمة ولو جملة فيما إذا ادعى أعياناً بيان جنس المستهلك ونوعه في دعوى قيمته، ووجه ذلك ما نقله السندي عن الفصول: ادعى على آخر ألف دينار بسبب استهلاكه لأعيانه لا بد وأن يبين قيمتها في موضع الاستهلاك، وكذا لا بد أن يبين الأعيان، فإن منها ما يكون مثلياً، ومنها ما يكون من ذوات القيم، وفي «فتاوى النسفي» من شرائط صحة الدعوى بيان أعيان مستهلكة وبيان قيمتها حتى لو ادعى قيمة أعيان مستهلكة لا يصح ما لم يبين الأعيان، وفي النصاب: عسى أن يظن أنه من ذوات القيم، وهو مثلي كما في الفيض اهـ، ثم رأيت في «محاضر الهندية» في دعوى قيمة الأعيان المستهلكة أنه رد محضر دعوى ألف دينار قيمة عين استهلكها من أعيان ماله بسمرقند، فرد بوجوه أحدها أنه لم يبين المستهلك، ولا بد من بيانه لأن من الأعيان ما يكون مضموناً

يقضي **(واختلف في بيان الذكورة والأنوثة في الدابة)** فشرطه أبو الليث أيضاً واختاره في الاختيار، وشرط الشهيد بيان السن أيضاً، وتمامه في العمادية **(وفي دعوى الإيداع**[1] **لا بد من بيانه مكانه)** أي: مكان الإيداع **(سواء كان له حمل أو لا. وفي الغصب أن له حمل ومؤنة فلا بد)** لصحة الدعوى **(من بيانه وإلا)** حمل له **(لا)** وفي غصب غير المثلي يبين قيمته يوم غصبه على الظاهر. عمادية **(ويشترط التحديد في دعوى العقار كما يشترط في الشهادة عليه ولو)** كان العقار **(مشهوراً)** خلافاً لهما **(إلا**

بذكر القيمة للكل جملة. وذكر في الفصولين أنه لو ادعى أن الأعيان قائمة بيده يؤمر بإحضارها فتقبل البينة بحضرتها، ولو قال: إنها هالكة وبين قيمة الكل جملة تسمع دعواه، فظهر أن ما قدمه المصنف في دعوى الأعيان إنما هو إذا كانت هالكة، وإلا لم يحتج إلى ذكر القيمة لأنه مأمور بإحضارها. وقدمنا عن ابن الكمال أن العين إذا تعذر إحضارها بهلاك ونحوه فذكر القيمة مغن عن التوصيف، وهو موافق لما ذكره المصنف في الأعيان من الاكتفاء بذكر القيمة. **فقوله**: هنا اشترط بيان جنسه ونوعه مشكل. وإن قلنا: إنه لا بد مع ذكر القيمة من بيان التوصيف لم يظهر فرق بين دعوى القيمة ودعوى نفس العين الهالكة، فما معنى قوله: تبعاً للبحر؟ وهذا كله في دعوى العين لا الدين فليتأمل. وفي البحر عن السراجية: ادعى ثمن محدود لم يشترط بيان حدوده. **قوله**: **(من بيانه)** أي: بيان موضع الغصب[2]. **قوله**: **(على الظاهر)** قال في نور العين: وفي غصب غير المثلي وإهلاكه ينبغي أن يبين قيمته يوم غصبه في ظاهر الرواية. وفي رواية يتخير المالك بين أخذ قيمته يوم غصبه أو يوم هلاكه فلا بد من بيان أنها قيمة: أيّ اليومين، ولو ادعى ألف دينار بسبب إهلاك الأعيان لا بد من أن يبين قيمتها في موضع الإهلاك، وكذا لا بد من بيان الأعيان فإن منها ما هو قيمي ومنها ما هو مثلي اهـ. **قوله**: **(في دعوى العقار)** في المغرب: العقار الضيعة، وقيل كل مال له أصل كالدار والضيعة اهـ.

= بالقيمة، ومنها ما يكون مضموناً بالمثل، ولعل هذه العين مضمونة بالمثل، ولأن من أصل أبي حنيفة أن حق المالك لا ينقطع عن العين بنفس الاستهلاك، ولهذا جوز الصلح عن المغصوب المستهلك على أكثر قيمته، وإنما ينقطع عن العين، وينتقل إلى القيمة بالقضاء أو التراضي، وقيل: ذلك حقه في العين فلا بد من بيانه، ولأنه لم يذكر أن هذا المقدار قيمة العين بسمرقند أو بخارى، وهي تختلف باختلاف البلدان، والمعتبر قيمة المستهلك في مكان الاستهلاك اهـ، وفي «الخلاصة» بعد نقله ما في «فتاوى النسفي» والنصاب ما نصه: وقال الإمام خالي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أما في دعوى قيمة الأعيان المستهلكة، فلا حاجة إلى بيان الأعيان.

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (وفي دعوى الإيداع إلخ) هكذا ذكر الفرق بين الغصب والإيداع في «الخلاصة» في الباب الثالث من الدعوى، وقال: وتمامه في الغصب فلينظر.

(2) قال الرافعي: قوله: (أي: بيان موضع الغصب) في «الخلاصة» من الفصل الثالث: ولو ادعى أنه =

إذا عرف الشهود الدار بعينها فلا يحتاج إلى ذكر حدودها) كما لو ادعى ثمن العقار لأنه دعوى الدين حقيقة. بحر **(ولا بد من ذكر بلدة بها الدار ثم المحلة ثم السكة)** فيبدأ بالأعم ثم الأخص فالأخص كما في النسب **(ويكتفي بذكر ثلاثة)** فلو ترك الرابع صح، وإن ذكره وغلط فيه لا ملتقى لأن المدعي يختلف به، ثم إنما يثبت الغلط بإقرار الشاهد. فصولين **(وذكر أسماء أصحابها)**[1] أي الحدود **(وأسماء أنسابهم،**

وقد صرح مشايخنا في كتاب الشفعة: بأن البناء والنخل من المنقولات، وأنه لا شفعة فيهما إذا بيعا بلا عرصة، فإن بيعا معها وجبت تبعاً، وقد غلط بعض العصريين فجعل النخيل من العقار ونبه فلم يرجع كعادته. بحر. وفي حاشية أبي السعود وقوله «لا شفعة فيهما إلخ» يحمل على ما إذا لم تكن الأرض محتكرة، وإلا فالبناء بالأرض المحتكرة تثبت فيه الشفعة، لأنه لما له من حق القرار التحق بالعقار كما سيأتي في الشفعة. قوله: (كما في النسب) فإن ذكر الاسم أعم من الاسم مع ذكر اسم الأب، وهذا أعم من ذكر الاسم مع اسم الأب واسم الجد. ح. كذا في الهامش. قوله: (فلو ترك) أي: المدعي أو الشاهد فحكمهما في التوى والغلط واحد كما صرح به في الفصولين. قوله: (وغلط فيه لا) أي: لا يصح، ونظيره: إذا ادعى شراء شيء بثمن منقود فإن الشهادة تقبل وإن سكتوا عن بيان جنس الثمن، ولو ذكروه واختلفوا فيه لم تقبل كما في الزيلعي. سائحاني. قوله: (فصولين) وفيه أيضاً: أما لو ادعاه المدعي لا تسمع ولا تقبل بينته، لأن المدعى عليه حين أجاب المدعي فقد صدقه أن المدعى بهذه الحدود فيصير بدعوى الغلط بعده مناقضاً، أو نقول: تفسير دعوى الغلط أن يقول المدعى عليه: أحد الحدود ليس ما ذكره الشاهد أو يقول صاحب الحد ليس بهذا الاسم كل ذلك نفي والشهادة على النفي لا تقبل اهـ.

ولصاحب جامع الفصولين بحث فيما ذكر كتبناه على هامش البحر حاصله: أنه يمكن أن يجيب المدعي بأن هذا ليس لك فلا يكون مناقضاً، أو يجيب ابتداء بأنه مخالف لما حددته فينبغي التفصيل، وتمامه فيه. وبخط السائحاني: والمخلص أن يقول المدعى عليه: هذا المحدود ليس في يدي فيلزم أن يقول الخصم: بل هو في يدك ولكن حصل غلط فيمنع به، ولو تدارك الشاهد الغلط في المجلس يقبل أو في غيره إذا وفق. بزازية. وعبارتها: ولو غلطوا في حد واحد أو حدين ثم تداركوا في المجلس أو غيره يقبل عند إمكان التوفيق بأن يقول كان اسمه فلاناً ثم صار

= غصب هذا العبد، ولم يقل: مني صح، ويجعل كأنه قال: مني.

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (وذكر أسماء أصحابها إلخ) أي: فيقول: في كل حد ينتهي إلى ملك فلان بن فلان، وفي إضافة الأصحاب إشارة بأنه ذكر المالك قهستاني، وفي الفصل الحادي عشر من «العمادية» إذا ذكر أحد الحدود لزيق أراضي المملكة يصح، وإن لم يذكر أنها في يد من لأن أرض المملكة تكون في يد السلطان بواسطة يد نائبه، لكن يشترط أن يقول: والفاصل بينهما كذا، وذكر في «العدة» المختار أنه إذا ذكر اسم ذي اليد يكفي إذا كان الحد أراضي لا يدري مالكها اهـ.

ولا بد من ذكر الجد)[1] لكل منهم (إن لم يكن) الرجل (مشهوراً) وإلا اكتفى باسمه لحصول المقصود (و) ذكر (أنه) أي: العقار (في يده) ليصير خصماً (ويزيد) عليه (بغير حق إن كان) المدعى (منقولاً) لما مر (ولا تثبت يده في العقار بتصادقهما بل لا

اسمه فلاناً أو باع فلان واشتراه المذكور. قوله: (ولا بد من ذكر الجد) قدمنا قبيل باب الشهادة على الشهادة أن الدعوى والشهادة بالمحدود في هذا الصك تصح، أما في الدار فلا بد من تحديده ولو مشهوراً عند أبي حنيفة، وتمام حده بذكر جد صاحب الحد. وعندهما التحديد ليس بشرط في الدار المعروف كدار عمر بن الحارث بكوفة، فعلى هذا لو ذكر لزيق دار فلان ولم يذكر اسمه ونسبه وهو معروف يكفيه إذ الحاجة إليهما لإعلام ذلك الرجل، وهذا مما يحفظ جداً. فصولين.

فرع: قال في جامع الفصولين: لو ذكر لزيق دار ورثة فلان لا يحصل التعريف إذ هو بذكر الاسم والنسب، وقيل يصح لأنه من أسباب التعريف اهـ. وعلل للأول قبله بأن الورثة مجهولون منهم ذو فرض وعصبة وذو رحم ثم رمز: لو كتب لزيق ورثة فلان قبل القسمة قيل يصح، وقيل لا؛ ثم رمز: كتب لزيق دار من تركة فلان يصح حداً، ولو جعل أحد حدوده أرضاً لا يدري مالكها لا يكفي.

أقول: لو كانت معروفة ينبغي أن لا يحتاج إلى ذلك صاحب اليد لحصول الغرض اهـ. ولا يخفى أن بحثه مخالف لقول الإمام[2] كما قدمناه عنه. ثم قال: لو جعل أحد الحدود أرض المملكة يصح وإن لم يذكر أنه في يد من، لأنها في يد السلطان بواسطة يد نائبه، والطريق يصلح حداً بلا بيان طوله وعرضه إلا على قول والنهر لا عند البعض، وكذا السور وهو رواية، وظاهر المذهب يصلح والخندق كنهر، ولو قال لزيق: أرض فلان ولفلان في هذه القرية أراض كثيرة متفرقة مختلفة تصح الدعوى والشهادة، ولو ذكر لزيق أرض الوقف لا يكفي، وينبغي أن يذكر أنها وقف على الفقراء أو المسجد أو نحوه ويكون كذكر الواقف، وقيل لا يثبت التعريف بذكر الواقف ما لم يذكر أنه في يد من.

أقول: ينبغي أن يكون هذا على تقدير عدم المعرفة إلا به، وإلا فهو تصنيف بلا ضرورة اهـ ملخصاً. قوله: (منقولاً) هو تكرار مع ما مر. س. قوله: (ولا تثبت يده في العقار بتصادقهما إلخ) هذا مما يقع كثيراً ويغفل عنه كثير من قضاة زماننا حيث يكتب في الصكوك فأقر بوضع يده على

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (ولا بد من ذكر الجد إلخ) هذا عندهما وعند أبي يوسف يكفي النسبة إلى الأب، لكن قال الزيلعي: في باب الكفاءة بناء على أنه قال ذلك في قرية صغيرة لا يقع اللبس فيها لعدم من يشاركه في الاسم، وهما قالا ذلك في مصر، وعلى هذا لا خلاف بينهم.

(2) قال الرافعي: قوله: (ولا يخفى أن بحثه مخالف لقول الإمام إلخ) لا يخفى أن ما قاله الإمام في الدار المدعاة لا فيما جعل حداً فلا مخالفة.

بد من بينة أو علم قاض) لاحتمال تزويرهما، بخلاف المنقول لمعاينة يده[1]، ثم هذا ليس على إطلاقه بل (إذا ادعى) العقار (ملكاً مطلقاً، أما في دعوى الغصب و) دعوى (الشراء) من ذي اليد (فلا) يفتقر لبينة، لأن دعوى الفعل كما تصح[2] على ذي اليد تصح على غيره أيضاً[3]. بزازية ....

العقار المذكور فلا بد أن يقول المدعي إنه واضع يده على العقار ويشهد له شاهدان ولذا نظمت ذلك بقولي:

وَالْيَدُ لاَ تُثْبِتُ فِي الْعَقَارِ مَعَ التَّصَادُقِ فَلاَ تُمَارِ
بَلْ يَلْزَمُ الْبُرْهَانُ إنْ لَمْ يَدَّعِ عَلَيْهِ غَصْباً أَوْ شِرَاءَ مُدَّعِي

وفي جامع الفصولين برمز الخانية: ادعى شيئاً بيد آخر وقال: هو ملكي وهذا أحدث يده عليه بلا حق، قالوا: ليس هذا دعوى غصب على ذي اليد.

قال صاحب الفصولين: أقول قياس ما مر في فش أنه لو ادعى أنه ملكي وفي يدك بغير حق

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (لمعاينة يده) هذا التعليل لا يشمل ما لا يمكن حضوره مجلس القضاء كالرحى الكبيرة فينبغي أن يلحق بالعقار اهـ. مقدسي.

(2) قال الرافعي: قول الشارح: (لأن دعوى الفعل كما تصح إلخ) في الفصل الأول من دعوى «الخلاصة» ادعى على آخر غصب ضيعة لا يشترط حضرة المزارع، لأنه يدعي عليه الفعل اهـ.

(3) قال الرافعي: قول الشارح: (تصح على غيره أيضاً) أي: في حق الضمان لا في حق العين، ففي «نور العين» من الفصل الثالث: برهن على غاصب أن القن ملكي لا تقبل بينته، إذ دعوى الملك المطلق لا تصح إلا على ذي اليد، لكن لو ادعى على غير ذي اليد أنك غصبته مني تسمع في حق الضمان، ألا يرى أن دعواه على الغاصب الأول تصح، ولو كانت العين في يد غاصب الغاصب اهـ، وفي «الخيرية» من الدعوى ضمن جواب تسمع الدعوى على الغاصب، وإن لم يكن المدعى في يده حيث أراد تضمينه بغصب اهـ، ويتأمل في مسألة الشراء، ثم رأيت في «البزازية» من الخامس عشر ما نصه: باع دار غيره وسلمها فادعى المالك على البائع الدار إن ادعى الدار لا يصح، لأنه ليس في يده، فأشبه دعوى المغصوب على الغاصب حال كون العين في يد غاصب الغاصب، وإن أراد ضمانه فعلى الخلاف المعروف أن العقار هل يضمن بالبيع والتسليم أم لا؟ اهـ ورأيت في الفصل السابع من شهادات «التتارخانية»: وإذا شهدا أن فلاناً غصب من أب هذا المدعي هذه القرية، وهذه القرية في يد غير الغاصب، والغاصب غائب أو ميت، فهذه الشهادة ليست بشيء حتى يشهد أنها وصلت إلى هذا المدعى عليه من قبل الغاصب أو يشهد بذلك غيرهما اهـ، ومنه يعلم تصوير كلام الشارح، وفي الباب الثاني والأربعين من وقف الخصاف: ألا ترى أن رجلاً لو ادعى أرضاً في يدي رجل، أو داراً أنه اشتراها من فلان وفلان غائب أو ميت وفلان باعه إياها، وهو مالك لها، والذي في يديه يقول: هي لي، وقد أقام المدعي البينة على الشراء، وعلى أن الذي باعه كان مالكها يوم باعها منه بمائة دينار وقبض الثمن أني أقبل البينة وأحكم له بالأرض أو الدار إلخ.

(و) ذكر (أنه يطالبه به) لتوقفه على طلبه ولاحتمال رهنه أو حبسه بالثمن وبه استغنى عن زيادة بغير حق، فافهم (ولو كان) ما يدعيه (ديناً) مكيلاً أو موزوناً نقداً أو غيره (ذكر وصفه) لأنه لا يعرف إلا به (ولا بد في دعوى المثليات من ذكر الجنس والنوع والصفة والقدر وسبب الوجوب)[1] فلو ادعى كرّ برّ ديناً عليه ولم يذكر سبباً لم تسمع؛ وإذا ذكر، ففي السلم إنما له المطالبة في مكان عيناه، وفي نحو قرض

يصح، ولو لم يذكر يوم غصبه ينبغي أن يصح[2] هنا أيضاً، وتمامه فيه في الفصل السادس[3].

قوله: (يطالبه به) أي: سواء كان عيناً أو ديناً منقولاً أو عقاراً، فلو قال: لي عليه عشرة دراهم ولم يزد على ذلك لم يصح ما لم يقل للقاضي مره حتى يعطيه، وقيل يصح وهو الصحيح[4]. قهستاني سائحاني. قوله: (وبه استغنى) أي: بذكر أنه يطالبه به لأنه لا مطالبة له إذا كان محبوساً بحق.

قوله: (ذكر وصفه) زاد في الكنز وأنه يطالبه به. قال في البحر: هكذا جزم به في المتون والشروح. وأما أصحاب الفتاوى كالخلاصة والبزازية فجعلوا اشتراطه قولاً ضعيفاً، وليس المراد لفظ وأطالبه به بل هو أو ما يفيده من قوله: مره ليعطيني حقي كما في العمدة اهـ، ولا يخفى أنه كان ينبغي للمصنف ذكره، لما قالوا: إن ما في المتون والشروح مقدم على ما في الفتاوى قوله: (من ذكر الجنس) كحنطة والنوع كمسقية والصفة كجيدة. قوله: (لم تسمع) ويذكر في السلم شرائطه من

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (وسبب الوجوب) هذا في غير دعوى النقود، فإنه لا يشترط فيها بيان السبب لما ذكره الشارح في مسائل نقلها عن «الأشباه» في آخر كتاب الوقف: ادعى ألفاً مطلقاً فشهد أحدهما على إقراره بألف قرض والآخر بألف وديعة تقبل، وانظر ما ذكره في «الأشباه» وحواشيه من كتاب القضاء في هذه المسألة.

(2) قال الرافعي: قوله: (ولو لم يذكر يوم غصبه ينبغي أن يصح إلخ) فإن مقتضى قوله: وإن لم يذكر إلخ أن ما في فش دعوى غصب فيكون الفرع قبله كذلك بالأولى.

(3) قال الرافعي: قوله: (وتمامه فيه في الفصل السادس) قال: لو قال: هذا ملكي وكان بيدي إلى أن أحدث هذا يده عليه بلا حق يكون هذا دعوى غصب اهـ، وبه يتضح ما في المحشي.

(4) قال الرافعي: قوله: (وقيل: يصح، وهو الصحيح) والاشتراط قول ضعيف، انظر حاشية أبي السعود، وفي «البزازية» من الفصل الرابع في دعوى الدين: ادعى عليه ألف درهم ولم يزد على هذا قيل: لا يصح ما لم يقل للحاكم مره حتى يعطيني حقي، وقيل: يصح، قال أبو نصر: والصحيح أنه يصح اهـ. وفي الفصل السادس من أدب القاضي من «التتارخانية»: وفي النوازل سئل أبو نصر عن رجلين تقدما إلى القاضي، فقال أحدهما: إن لي على هذا الرجل ألف درهم، ولم يزد على هذا سأل القاضي المدعى عليه في ذلك، وقال أبو بكر: تقدم رجلان إلى يحيى بن أكثم، فقال أحدهما: إن لي على هذا ألف درهم، فقال يحيى قد أخبرتني خبراً فما تشاء يعني أن هذه الدعوى غير صحيحة، ما لم يقل مره ليعطيني حقي أو نحو ذلك، قال أبو نصر: وهذا عندنا ليس بشيء لأنهما لم يتقدما إلا للطلب.

وغصب واستهلاك في مكان القرض ونحوه. بحر فليحفظ (ويسأل القاضي المدعى عليه) عن الدعوى فيقول: إنه ادعى عليك كذا فماذا تقول (بعد صحتها وإلا) تصدر صحيحة (لا) يسأل لعدم وجوب جوابه (فإن أقر) فبها (أو أنكر فبرهن المدعي قضى عليه) بلا طلب المدعي (وإلا) يبرهن (حلفه) الحاكم (بعد طلبه) إذ لا بد من طلبه اليمين في جميع الدعاوى إلا عند الثاني في أربع على ما في البزازية. ....

أعلام جنس رأس المال وغيره من نوعه وصفته وقدره بالوزن إن كان وزنياً وانتقاد بالمجلس حتى يصح، ولو قال: بسبب بيع صحيح جرى بينهما صحت الدعوى بلا خلاف، وعلى هذا في كل سبب له شرائط كثيرة لا يكتفي بقوله: بسبب كذا صحيح، وإذا قلت الشرائط يكتفي. وأجاب شمس الإسلام فيمن قال: كفل كفالة صحيحة أنه لا يصح كالسلم لأنه لعله صحيح في اعتقاده، لا عند الحنفي المعتقد عدمها بلا قبول، فيقول: كفل وقبل المكفول له في المجلس ويذكر في القرض وأقرضه من نال نفسه لجواز أن يكون وكيلاً وهو سفير لا يملك الطلب ويذكر أنه قبضه وصرفه في حوائجه ليكون ديناً إجماعاً، لأنه عند الثاني موقوف على صرفه واستهلاكه. بزازية ملخصاً. قوله: (فبرهن) ظاهره: أن البينة لا تقام على مقر[1]. قال في البحر: إلا في أربع فراجعه، وفيه لو أقر بعد البينة يقضي به لا بها، وأنه لو سكت عن الجواب يحبس إلى أن يجيب، فراجعه. قوله: (حلفه الحاكم) ولا يبطل حقه بيمينه، لكنه ليس له أن يخاصم ما لم يقم البينة على وفق دعواه، فإن وجدها أقامها وقضى له بها. درر. كذا في الهامش. قوله: (في أربع) في الرد بالعيب يحلف المشتري بالله ما رضيت بالعيب، والشفيع بالله ما أبطلت شفعتك، والمرأة إذا طلبت فرض النفقة على زوجها الغائب تحلف بالله ما خلف لك زوجك شيئاً ولا أعطاك النفقة، والرابع يحلف المستحق بالله ما بايعت. ح. كذا في الهامش. وفيه: فرع: رجل ادعى على رجل أنه كان لأبي عليك مائة دينار وقد مات أبي قبل استيفاء شيء منها وصارت ميراثاً لي بموته وطالبه

(1) قال الرافعي: قوله: (ظاهره أن البينة لا تقام على مقر) وظاهره أيضاً أن البينة لا تقام إلا بعد الإنكار، وهذا صرح به في «زبدة الدراية» عند قوله: ولا يقضى على غائب بقوله: إن شرط إقامة البينة الإنكار لأنها في نفس الأمر محتملة للصدق والكذب، فلا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل، إلا أن الشارع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة، ولا منازعة عند عدم الإنكار، فإذا انعدم الإنكار انعدمت الضرورة الموجبة لكون البينة حجة اهـ. وذكر نحوه في «الخلاصة» من الفصل السابع في دعوى الوكالة، ثم ظاهر قوله: وإلا يبرهن حلفه بعد طلبه أن له تحليفه، ولو قال: لي بينة، والمسألة خلافية، ففي «البزازية» من شتى القضاء إذا قال المدعي: لي بينة وطلب يمين خصمه لا يستحلفه القاضي، لأنه يريد أن يقيم عليه البينة بعد الحلف ويريد أن يفضحه، وقد أمرنا بالستر، وقالا: له أن يحلفه، وقال الإمام الحلواني: إن شاء القاضي مال إلى قوله، وإن شاء مال إلى قولهما، كما قالوا في التوكيل بلا رضا الخصم يأخذ بأي القولين شاء.

قال: وأجمعوا على التحليف بلا طلب في دعوى الدين على الميت.

(وإذا قال) المدعى عليه: **(لا أقرّ ولا أنكر لا يستحلف بل يحبس ليقر أو ينكر)** درر. وكذا لو لزم السكوت بلا آفة عند الثاني. خلاصة. قال في البحر: وبه أفتيت لما أن الفتوى على قول الثاني فيما يتعلق بالقضاء اهـ. ثم نقل عن البدائع:

بتسليم المائة دينار فقال المدعى عليه: قد كان لأبيك عليّ مائة دينار إلا أنني أديت منها ثمانين ديناراً إلى أبيك في حياته وقد أقرّ أبوك بالقبض ببلدة سمرقند في بيتي في يوم كذا بألفاظ فارسية وأقام على ذلك بينة فقال المدعي للمدعى عليه: إنك مبطل في دعواك إقرار أبي بقبض ثمانين ديناراً منك، لما أن أبي كان غائباً عن بلدة سمرقند في اليوم الذي ادعيت إقراره فيه وكان ببلدة كبيرة وأقام على ذلك بينة هل تندفع بينة المدعى عليه ببينة المدعي؟ فقيل لا إلا أن تكون غيبة أبي المدعي عن سمرقند في اليوم الذي شهد شهود المدعى عليه على إقراره بالاستيفاء بسمرقند وكونه ببلدة كبيرة ظاهراً مستفيضاً يعرفه كل صغير وكبير وكل عالم وجاهل، فحينئذ القاضي يدفع ببينته بينة المدعى عليه. كذا في الذخيرة فتاوى الهندية من الباب التاسع في الشهادة على النفي والإثبات اهـ. **قوله: (وأجمعوا)** الأنسب أن يقول: وإلا في دعوى الدين على الميت اتفاقاً.

وصورة التحليف: أن يقول له القاضي: بالله ما استوفيت من المديون ولا من أحد أداه إليك عنه ولا قبضه لك قابض بأمرك ولا أبرأته منه ولا شيئاً منه ولا أحلت بشيء من ذلك أحداً ولا عندك به ولا بشيء منه رهن، كذا في البحر عن البزازية ح. ويحلف، وإن أقر به المريض في مرض موته كما في الأشباه عن التاترخانية وقدم الشارح قبيل باب التحكيم من القضاء. **قوله: (ثم نقل)** أي: في مسألة المتن. **قال في الهامش**: قوله: ثم نقل عن البدائع: المتبادر أنه راجع إلى مسألة السكوت، وليس كذلك بل هو راجع إلى المتن. **قال في البحر**: وفي المجمع، ولو قال: لا أقر ولا أنكر فالقاضي لا يستحلفه. قال الشارح: بل يحبسه عند أبي حنيفة حتى يقر أو ينكر. وقالا: يستحلف. وفي البدائع أنه إنكار وهو تصحيح لقولهما كما لا يخفى[1]، فإن الأشبه من ألفاظ التصحيح كما في البزازية ح.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وهو تصحيح لقولهما كما لا يخفى) ولا يخفى أنه وإن كان تصحيحاً لقولهما في مسألة المتن يكون أيضاً تصحيحاً له في مسألة السكوت، قال الرحمتي: حاصل ما في «البحر» اختيار قول الثاني في السكوت، فإنه يحبس واختيار قولهما فيما لو قال لا أقر ولا أنكر في جعله إنكاراً، فكان نقله التصحيح الثاني رجوعاً عما أفتى به أوّلاً في مسألة السكوت، فلذا قال الشارح: ثم نقل إلخ ليفيد أن تصحيح ما في «البدائع» يقتضي تصحيح قول الإمامين في الأولى اهـ. سندي، وذكر في الفصل السابع من قضاء «التتارخانية» إذا قال المدعي: لا بينة لي أو شهودي غيب يحلف المدعى عليه، وهذا إذا تقدم منه الجحود، وإن لم يتقدم منه وسكت لم يقر، ولم ينكر، ففي ظاهر الرواية يجعله جاحداً ويعرض عليه اليمين ثلاث مرات ويقضي بنكوله، وروي عن أبي حنيفة في غير رواية الأصول أن القاضي لا يجعله جاحداً.

الأشبه أنه إنكار فيستحلف، قيدنا بتحليف الحاكم لأنهما لو (اصطلحا على أن يحلف عند غير قاض ويكون بريئاً فهو باطل) لأن اليمين حق القاضي مع طلب الخصم ولا عبرة ليمين ولا نكول عند غير القاضي (فلو برهن عليه) أي: على حقه (يقبل وإلا يحلفه ثانياً عند قاض) بزازية إلا إذا كان حلفه الأول عنده فيكفي. درر. ونقل المصنف عن القنية أن التحليف حق القاضي، فما لم يكن باستحلافه لم يعتبر (وكذا لو اصطلحا أن المدعي لو حلف فالخصم ضامن) للمال (وحلف) أي: المدعي (لا لم يضمن) الخصم لأن فيه تغيير الشرع (واليمين لا ترد على مدّع) لحديث: «البينة على المدعي»[1] وحديث الشاهد واليمين ضعيف، بل رده ابن معين، بل أنكره الراوي. عيني.

(برهن) المدعي (على دعواه وطلب من القاضي أن يحلف المدعي أنه محق في الدعوى أو على أن الشهود صادقون أو محقون في الشهادة لا يجيبه) القاضي إلى طلبته لأن الخصم لا يحلف مرتين فكيف الشاهد لأن لفظ أشهد عندنا يمين، ولا يكرّر اليمين لأنا أمرنا بإكرام الشهود ولذا لو (علم الشاهد أن القاضي يحلفه) ويعمل

قوله: (إلا إذا كان) استثناء منقطع لأن فرض المسألة في أن الحلف الأول عند غير قاض. قوله: (حلفه الأول عنده) أي: عند قاض فيكفي: أي: لا يحتاج إلى التحليف ثانياً. هذا، ولا موقع للاستثناء كما لا يخفى ح. اللهم إلا أن يكون المراد عنده قبل تقلده القضاء. تأمل وراجع. وقوله: «حلفه» بفتح الحاء وكسر اللام وضم الفاء والهاء. قوله: (لم يعتبر) هذه المسألة تغاير المتقدمة في المتن فإن تلك فيما إذا حلف عند غير قاض وهذه فيما إذا حلف عند القاضي باستحلاف المدعي لا القاضي ح. قوله: (وكذا لو اصطلحا) وفي الواقعات الحسامية قبيل الرهن: وعند محمد قال لآخر: لي عليك ألف درهم فقال له الآخر: إن حلفت إنها لك أديتها إليك فحلف فأداها إليه المدعى عليه، إن كان أداها إليه على الشرط الذي شرط فهو باطل وللمؤدي أن يرجع فيما أدى، لأن ذلك الشرط باطل لأنه على خلاف حكم الشرع، لأن حكم الشرع أن اليمين على من أنكر دون المدعي اهـ بحر. قوله: (أو على أن الشهود إلخ) أي: أو طلب تحليف الشهود على أنهم صادقون.

---

(١) رواه الترمذي في كتاب: الأحكام، باب: ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه (الحديث: ١٣٤١). ورواه البيهقي في سننه: ١٠/ ٢٥٢.
أنظر جامع الأصول: ١٠/ ١٨٣ (٧٦٧٩).

بالمنسوخ (له الامتناع عن أداء الشهادة)[1] لأنه لا يلزمه. بزازية (وبينة الخارج في الملك المطلق) وهو الذي لم يذكر له سبب (أحق من بينة ذي اليد) لأن المدعي والبينة له بالحديث، بخلاف المقيد بسبب كنتاج ونكاح فالبينة لذي اليد إجماعاً كما سيجيء (وقضى) القاضي (عليه بنكوله مرة) لو نكوله (في مجلس القاضي) حقيقة (بقوله: لا أحلف) أو حكماً كأن (سكت) وعلم أنه (من غير آفة) كخرس وطرش في الصحيح. سراج. وعرض اليمين ثلاثاً ثم القضاء أحوط (وهل يشترط القضاء على فور النكول، خلاف) درر. ولم أر فيه ترجيحاً قاله المصنف.

قوله: (في الملك المطلق) قيد بالملك المطلق لما سيأتي وهو مقيد بما إذا لم يؤرخا أو أرخا وتاريخ الخارج مساو أو أسبق. أما إذا كان تاريخ ذي اليد أسبق فإنه يقضي له كما سيأتي في الكتاب، بخلاف ما إذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الشراء من فلان وبرهنا وأرخا وتاريخ ذي اليد أسبق فإنه يقضي للخارج كما في الظهيرية. بحر. قوله: (بخلاف المقيد) لأن البينة قامت على ما لا يدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضي له، وهذا هو الصحيح ودليله من السنة ما روي عن جابر بن عبد الله: «أَنَّ رَجُلاً ادَّعَى نَاقَةً فِي يَدِ رَجُلٍ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا نَاقَتُهُ نَتَجَتها وَأَقَامَ الَّذِي بِيَدِهِ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا نَاقَتُهُ نَتَجَتهَا، فَقَضَى بِهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِلَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ» وهذا حديث صحيح مشهور. بحر. كذا في الهامش. قوله: (ونكاح) أي: لو برهن على نكاح امرأة فتهاترا تعذر العمل بهما لأن المحل لا يقبل الاشتراط، وإذا تهاترا فرق القاضي بينهما حيث لا مرجح كما في القنية. ولا شيء على واحد منهما إن كان قبل الدخول. أما لو كان التهاتر بعد موتها ولم يؤرّخا فإنه يقضي بالنكاح بينهما، وعلى كل واحد منهما نصف المهر ويرثان ميراث زوج واحد. بحر. وتمامه فيه. كذا في الهامش. قوله: (في الصحيح) أي: على قول الثاني الذي عليه الفتوى كما تقدم. قوله: (وعرض اليمين) هو مبتدأ، وقوله: «أحوط» خبر عنه. قوله: (أحوط) أي: ندباً، وعن أبي يوسف ومحمد أن التكرار حتم حتى لو قضى القاضي بالنكول مرة لا ينفذ، والصحيح أنه ينفذ. س. قوله: (وهل يشترط) الأولى يفترض[2]. قوله: (قاله المصنف) قال الرملي في حاشية المنح: تقدم أنه ينزل منكراً على قولهما، وعلى قول أبي يوسف: يحبس

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (له الامتناع عن أداء الشهادة) لا يظهر وجهه، إذ اللازم على الشاهد القيام بالشهادة، وإذا امتنع القاضي من العمل بها يكون ظالماً.

(2) قال الرافعي: قوله: (الأولى يفترض) بل هو الأصوب، وعبارة «الدرر» أصلها للزيلعي حيث قال: وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه خلاف.

قلت: قدمنا أنه يفترض[1] القضاء فوراً إلا في ثلاث (قضى عليه بالنكول ثم أراد[2] أن يحلف لا يلتفت إليه والقضاء على حاله) ماض. درر. فبلغت طرق القضاء ثلاثاً، وعدها في الأشباه سبعاً: بينة، وإقرار، ويمين، ونكول عنه، وقسامة، وعلم قاض على المرجوح، والسابع قرينة قاطعة: كأن ظهر من دار خالية إنسان خائف بسكين متلوّث بدم فدخلوها فوراً فرأوا مذبوحاً لحينه أخذ به، إذ لا يمتري أحد أنه قاتله.

(شكّ فيما يدعي عليه ينبغي أن يرضي خصمه ولا يحلف) تحرّزاً عن الوقوع في الحرام (وإن أبى خصمه إلا حلفه، إن أكبر رأيه أن المدعي مبطل حلف وإلا) بأن غلب على ظنه أنه محق (لا) يحلف. بزازية (وتقبل البينة لو أقامها) المدعي وإن قال قبل اليمين: لا بينة لي. سراج. خلافاً لما في شرح المجمع عن المحيط (بعد يمين المدعى عليه كما تقبل البينة بعد القضاء بالنكول. خانية (عند العامة) وهو الصحيح

إلى أن يجيب، ولكن الأول فيما إذا لزم السكوت ابتداء ولم يجب عند الدعوى بجواب، وهذا فيما إذا أجاب بالإنكار ثم لزم السكوت. تأمل. قوله: (قدمنا) أي: في كتاب القضاء. ح. قوله: (لا يلتفت إليه) أما لو أقام بينة بعده فتقبل كما يأتي قريباً. قوله: (ثلاثاً) بينة وإقرار ونكول. قوله: (والسابع إلخ) بحث في هذه السابعة الخير الرملي في حاشية المنح وقال: إنه غريب لا يقبل ما لم يعضده نقل من كتاب معتمد. وذكر في البحر: أن مدارها على ابن الغرس، لكن عبارة ابن الغرس: فقد قالوا[3]: لو ظهر إنسان إلخ. قوله: (خلافاً لما في شرح المجمع) ليس فيه ما ينافي ذلك، بل حكى قولين. ح. قوله: (بعد يمين المدعى عليه) لأن حكم اليمين انقطاع الخصومة للحال إلى غاية إحضار البينة وهو الصحيح، وقيل انقطاعها مطلقاً ط. قوله: (بعد القضاء بالنكول) كأن فائدتها لتتعدى إلى غيره، لأن النكول إقرار وهو حجة قاصرة، بخلاف البينة شيخنا، وهذا ظاهر في نحو الرد بالعيب. قوله: (خانية) قال في البحر: ثم اعلم أن القضاء بالنكول لا يمنع المقضي عليه من إقامة البينة بما يبطله، لما في الخانية: رجل اشترى من رجل

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (قلت: قدمنا أنه يفترض إلخ) ما قاله لا يدل على ترجيح أحد القولين.

(2) قال الرافعي: قول المصنف: (قضى عليه بالنكول ثم أراد إلخ) بخلاف ما إذا قال بعد النكول قبل القضاء: أنا أحلف فإنه يحلف، قال في شرح «المجمع»: لو قال المدعى عليه بعد النكول عن اليمين أنا أحلف يحلفه القاضي قبل القضاء بالنكول وبعده لا يحلفه، ولا بد أن يكون النكول في مجلس القضاء اهـ.

(3) قال الرافعي: قوله: (لكن عبارة ابن الغرس فقد قالوا إلخ) لكن مراد «البحر» أن مدارها عليه في النقل لا أنه بحث منه.

لقول شريح: اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة، ولأن اليمين كالخلف عن البينة، فإذا جاء الأصل انتهى حكم الخلف كأنه لم يوجد أصلاً. بحر (**ويظهر كذبه بإقامتها**) أي: البينة (**لو ادعاه**) أي: المال (**بلا سبب فحلف**) أي: المدعى عليه ثم أقامها حتى يحنث في يمينه. وعليه الفتوى. طلاق الخانية. خلافاً لإطلاق الدرر

عبداً فوجد به عيباً فخاصم البائع فأنكر البائع أن يكون العيب عنده فاستحلف فنكل فقضى القاضي عليه وألزمه العبد ثم قال البائع بعد ذلك: قد كنت تبرأت إليه من هذا العيب وأقام البينة ثبتت بينته(1) اهـ.

أقول: إن كان مبنى ما ذكره من القاعدة هو ما نقله عن الخانية ففيه نظر، فإن نكوله عن الحلف بذل أو إقرار بأن العيب عنده، فإقامته البينة بعده على أنه تبرأ إليه من هذا العيب مؤكد لما أقر به في ضمن نكوله، أما لو ادعى عليه مالاً ونكل عن اليمين فقضي عليه به يكون إقراراً به وحكماً به، فإذا برهن على أنه كان قضاه إياه يكون تناقضاً ونقضاً للحكم، فبين المسألتين فرق فكيف تصح قاعدة كلية؟ ثم لا يخفى أن كلام البحر في إقامة المقضي عليه البينة، وظاهر كلام الشارح: أن المدعي هو الذي أقام البينة كما يدل عليه السياق فلا يدل عليه ما في الخانية من هذا الوجه أيضاً، وانظر ما كتبناه في هامش البحر عن حاشية الأشباه للحموي. **قوله**: (**طلاق الخانية**) الذي نقله في البحر عن اطلاق الخانية(2) والولوالجية من الحنث مطلق عن التقييد بالسبب وعدمه، وما في الدرر من عدم الحنث مطلقاً جعلوه إحدى الروايتين عن محمد. والذي جعلوا الفتوى عليه هو الرواية الثانية عنه وهو قول أبي يوسف، والتفصيل المذكور في المتن ذكره في جامع الفصولين، فعبارة الشارح غير محررة. **قوله**: (**خلافاً لإطلاق الدرر**) حيث قال: وهل يظهر كذب المنكر بإقامة البينة؟ والصواب: أنه لا يظهر حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور. ذكره

---

(1) **قال الرافعي**: **قوله**: (**وأقام البينة ثبتت بينته**) عبارة «البحر» قبلت إلخ ثم مقتضى قبول هذه البينة إبطال القضاء برد العبد بالعيب، وإن كانت متضمنة لما أقر به في ضمن نكوله، وفي «الأشباه» وتسمع الدعوى بعد القضاء بالنكول، كما في «الخانية» اهـ. والذي في «الخانية» ونقله عنها الحموي يفيد أن هذه المسألة خلافية ونصها: ادعى عبداً في يد رجل أنه له فجحد المدعى عليه فاستحلف فنكل وقضى عليه بالنكول، ثم إن المقضي عليه أقام البينة أنه كان اشترى هذا العبد من المدعي قبل دعواه لا تقبل هذه البينة، إلا أن يشهدوا أنه اشتراه منه بعد القضاء، وذكر في موضع آخر أن المدعى عليه لو قال: كنت اشتريته منه قبل الخصومة وأقام البينة قبلت بينته، ويقضى له اهـ. من باب ما يبطل دعوى المدعي، واقتصر في فصل اليمين على عدم القبول وعزاه «للمنتقى»، وظاهره اعتماده، ولعل وجه القول الثاني أن النكول ليس إقراراً أو بذلاً من كل وجه، فلذا قبلت البينة بعده، وتقدم مثله في النفقة.

(2) **قال الرافعي**: **قوله**: (**الذي نقله في «البحر» عن إطلاق «الخانية» إلخ**) المذكور في تعليق «الخانية» التفصيل كما ذكره المصنف كما نقله السندي.

(وإن) ادعاه (بسبب فحلف) أنه لا دين عليه (ثم أقامها) المدعي على السبب (لا) يظهر كذبه لجواز أنه وجد القرض ثم وجد الإبراء أو الإيفاء، وعليه الفتوى. فصولي وسراج وشمني وغيرهم (ولا تحليف في نكاح) أنكره هو أو هي (ورجعة) جحدها هو أو هي بعد عدة (وفيء إيلاء) أنكره أحدهما بعد المدة[1] (واستيلاد) تدعيه الأمة، ولا يتأتى عكسه لثبوته بإقراره (ورق ونسب) بأن ادعى على مجهول أنه قنه أو ابنه وبالعكس (وولاء) عتاقة أو موالاة ادعاه الأعلى أو الأسفل (وحدّ ولعان) والفتوى على أنه يحلف المنكر (في الأشياء) السبعة، ومن عدها ستة ألحق أمومية الولد بالنسب أو الرق.

والحاصل: أن المفتى به التحليف في الكل إلا في الحدود، ومنها حدّ قذف ولعان فلا يمين إجماعاً، إلا إذا تضمن حقاً بأن علق عتق عبده بزنى نفسه فللعبد تحليفه، فإن نكل ثبت العتق لا الزنى (و) كذا (يستحلف السارق) لأجل المال (فإن

الزيلعي. قوله: (ثم أقامها المدعي) سيعيد الشارح المسألة بعد نحو ورقتين. قوله: (أو الإيفاء) بحث فيه العلامة المقدسي بأن الأصل في الثابت أن يبقي على ثبوته وقد حكمتم لمن شهد له بشيء أنه كان له أن الأصل بقاؤه وإذا وجد السبب ثبت والأصل بقاؤه اهـ ط.

أقول: وجوابه أن إثبات كون الشيء له يفيد ملكيته له في الزمن السابق، واستصحاب هذا الثابت يصلح لدفع من يعارضه في الملكية بعد ثبوتها له، وقد قالوا: الاستصحاب يصلح للدفع لا للإثبات، وإذا أثبتنا الحنث يكون الأصل بقاء القرض يكون من الإثبات بالاستصحاب وهو لا يجوز، فالفرق ظاهر فتأمل. قوله: (ولا تحليف) أي: في تسعة. قوله: (بعد عدة) قيد للثاني كما في الدرر. قوله: (تدعيه الأمة) بأنها ولدت منه ولدا وقد مات أو أسقطت سقطاً مستبين الخلق وأنكره المولى. ابن كمال. قوله: (ولا يتأتى إلخ) وقلب العبارة الزيلعي وهو سبق قلم. قوله: (ونسب) وفي المنظومة: وولاد. قال في الحقائق: ولم يقل ونسب لأنه إنما يستحلف في النسب المجرد عندهما إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن في حق الرجل والأب في حق المرأة. ابن كمال. قوله: (وولاء) أي: بأن ادعى على معروف الرق أنه معتقه أو مولاه. قوله: (في الأشياء السبعة) أي: السبعة الأولى من التسعة. قال الزيلعي: وهو قولهما، والأول قول الإمام. س. قال الرملي: ويقضي عليه بالنكول عندهما. قوله: (وكذا يستحلف السارق) وكذا يحلف في النكاح إن ادعت هي المال: أي: إن ادعت المرأة النكاح وغرضها المال كالمهر والنفقة فأنكر الزوج يحلف، فإن نكل يلزمه المال ولا يثبت الحل عنده لأن المال يثبت بالبدل لا الحل. وفي

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (أنكره أحدهما بعد المدة) لو فعل مثل ما قبله لكان أنسب.

نكل ضمن ولم يقطع) وإن أقر بها قطع، وقالوا: يستحلف في التعزير كما بسطه في الدرر. وفي الفصول: ادعى نكاحها فحيلة دفع يمينها أن تتزوّج فلا تحلف. وفي الخانية: لا استحلاف في إحدى وثلاثين مسألة **(النيابة تجري في الاستحلاف لا الحلف)** وفرّع على الأول بقوله: **(فالوكيل والوصيّ والمتولي وأبو الصغير يملك الاستحلاف)** فله طلب يمين خصمه **(ولا يحلف)** أحد منهم **(إلا إذا)** ادعى عليه العقد

النسب إذا ادعى حقاً مالاً كان كالإرث والنفقة أو غير مال كحق الحضانة في اللقيط والعتق بسبب الملك وامتناع الرجوع في الهبة، فإن نكل ثبت الحق، ولا يثبت النسب إن كان مما لا يثبت بالإقرار، وإن كان مته فعلى الخلاف المذكور وكذا منكر العقود إلخ. ابن كمال. وإنكار القود سيذكره المصنف وفي صدر الشريعة: فليغز أيما امرأة تأخذ نفقة غير معتدة ولا حائضة ولا نفساء ولا يحل وطؤها وفيه: ويلغز أي شخص أخذ الإرث ولم يثبت نسبه كما لو ادعى إرثاً بسبب إخوة فأنكر إخوته.

والحاصل: أن هذه الأشياء لا تحليف فيها عند الإمام ما لم يدّع معها مالاً فإنه يحلف وفاقاً. سائحاني. **قوله: (ولم يقطع)** اعترض بأنه ينبغي أن يصح قطعه عند أبي حنيفة لأنه بدل كما في قود الطرف.

والحاصل: أن النكول في قطع الطرف والنكول في السرقة ينبغي أن يتحدا في إيجاب القطع وعدمه. ويمكن الجواب: بأن قود الطرف حق العبد فيثبت بالشبهة كالأموال، بخلاف القطع في السرقة فإنه خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهة، ظهر الفرق فليتأمل. يعقوبية. **قوله: (في التعزير)** لأنه محض حق العبد[1] ولهذا يملك العبد إسقاطه بالعفو. س. **قوله: (فحيلة دفع يمينها)** أي: دفع اليمين عنها كذا في الهامش. **قوله: (أن تتزوج)** أي: بآخر كذا في الهامش. **قوله: (في إحدى وثلاثين مسألة)** تقدمت في الوقف س وذكرها في البحر هنا، وذكر في الهامش عن الإمام الخصاف. كان الإمام الثاني وغيره رحمهم الله تعالى من أصحابنا يقولون: يحلف في كل سبب لو أقر المدعى عليه لزمه، كما لو ادعى أنه أبوه أو ابنه أو زوجته أو مولاه، ولو ادعى أنه أخوه أو عمه أو نحوه لا يحلف إلا أن يدعي حقاً في ذمته كالإرث بجهة فحينئذ يحلف، وإن نكل يقضي بالمال إن ثبت المال، ودعوى الوصية بثلث المال كدعوى الإرث على ما ذكرنا إلا في فصل واحد: وهو أن الوارث لو نكل عن اليمين عن موت مورثه ودفع ثلث ما في يده من ماله إلى ثلث مدعي الوصية بالثلث ثم جاء المورّث حياً لا يضمن الوارث الناكل له شيئاً من البزازية من كتاب أدب القاضي في اليمين. **قوله: (لا الحلف)** يخالفه ما يأتي عن شرح الوهبانية من أن الأخرس الأصم الأعمى يحلف وليه. **قوله: (ولا يحلف إلخ)** الأولى أن يقول: وفرع على الثاني

---

(1) قال الرافعي: قوله: (لأنه محض حق العبد) انظر حكم التعزير الذي هو محض حقه تعالى في بابه.

أو (صح إقراره) على الأصيل فيستحلف حينئذ، كالوكيل بالبيع فإن إقراره صحيح على الموكل، فكذا نكوله. وفي الخلاصة: كل موضع لو أقرّ لزمه، فإذا أنكره يستحلف إلا في ثلاث ذكرها، و الصواب في أربع وثلاثين لما مر عن الخانية؛ وزاد ستة أخرى في البحر، وزاد أربعة عشر في تنوير البصائر حاشية الأشباه والنظائر لابن المصنف، ولولا خشية التطويل لأوردتها كلها.

(التحليف على فعل نفسه يكون على البتات) أي: القطع بأنه ليس كذلك (و) التحليف (على فعل غيره) يكون (على العلم) أي: إنه لا يعلم أنه كذلك لعدم علمه بما فعل غيره ظاهر، اللهم (إلا إذا كان) فعل الغير (شيئاً يتصل به) أي: بالحالف، وفرّع عليه بقوله (فإن ادعى) مشتري العبد (سرقة العبد أو إباقه) وأثبت ذلك (يحلف) البائع (على البتات) مع أنه فعل الغير، وإنما صح باعتبار وجوب تسليمه سليماً فرجع

بقوله: ولا يحلف إلخ. قوله: (على الأصيل) أي: الوكيل فقط كذا في الهامش. قوله: (فيستحلف إلخ) بقي هل يستحلف على العلم أو على البتات؟ ذكر في الفصل السادس والعشرين من نور العين أن الوصي[1] إذا باع شيئاً من التركة فادعى المشتري أنه معيب فإنه يحلف على البتات، بخلاف الوكيل فإنه يحلف على عدم العلم اهـ فتأمله كذا بخط بعض الفضلاء. قوله: (والصواب في أربع وثلاثين) أي: بضم الثلاثة إلى ما في الخانية، لكن الأولى منها مذكورة في الخانية. قوله: (لابن المصنف) وهو الشيخ شرف الدين عبد القادر وهو صاحب تنوير البصائر وأخوه الشيخ صالح صاحب الزواهر كذا يفهم من كتاب الوقف. قوله: (سرقة العبد إلخ) يعني أن مشتري العبد إذا ادعى أنه سارق أو آبق وأثبت إباقه أو سرقته في يد نفسه وادعى أنه أبق أو سرق في يد البائع وأراد التحليف يحلف البائع بالله ما أبق بالله ما سرق في يدك وهذا تحليف على فعل الغير. درر. كذا في الهامش. قوله: (أو إباقه) ليس المراد بالإباق الذي يدعيه المشتري[2] الإباق الكائن عنده، إذ لو أقر به البائع لا يلزمه شيء لأن الإباق من العيوب التي لا بد فيها من المعاودة بأن يثبت وجوده عند البائع ثم عند المشتري كلاهما في صغره أو كبره على ما سبق في محله أبو السعود. وفي الحواشي السعدية، قوله: يحلف على البتات بالله ما أبق.

أقول: الظاهر: أنه يحلف على الحاصل بالله ما عليك الرد، فإن في الحلف على السبب يتضرر البائع أو قد يبرأ المشتري عن العيب اهـ. قوله: (على البتات) كل موضع وجب اليمين فيه

(1) قال الرافعي: قوله: (ذكر في الفصل (٢٦) من «نور العين» أن الوصي إلخ) كذا رأيته فيه من الفصل (٢٧) ونقلها في «الأشباه» عن «القنية» فيما افترق فيه الوكيل والوصي، وذكرها في «البحر» أيضاً عنها معللاً بأن الوصي له علم بالعيب ظاهراً، لأن العبد في يده بخلاف الوكيل.

(2) قال الرافعي: قوله: (ليس المراد بالإباق الذي يدعيه المشتري إلخ) ما قاله محل نظر.

إلى فعل نفسه فحلف على البتات لأنها آكد ولذا تعتبر مطلقاً، بخلاف العكس. درر عن الزيلعي. وفي شرح المجمع عنه: هذا إذا قال المنكر: لا علم لي بذلك، ولو ادعى العلم حلف على البتات كمودع ادعى قبض ربها وفرّع على قوله وفعل غيره على العلم بقوله: (وإذا ادعى) بكر (سبق الشراء) له على شراء زيد ولا بينة (يحلف خصمه) وهو بكر (على العلم) أي: أنه لا يعلم أنه اشتراه قبله لما مر (كذا إذا ادعى ديناً أو عيناً على وارث إذا علم القاضي ....

على العلم فحلف على البتات كفي وسقطت عنه، وعلى عكسه لا، ولا يقضي بنكوله على ما ليس واجباً عليه. بحر. قوله: (لأنها آكد) أي: لأن يمين البتات آكد من يمين العلم اهـ ح. قوله: (ولذا تعتبر مطلقاً) أي: ولكون يمين البتات آكد من يمين العلم تعتبر في فعل نفسه وفي فعل غيره. ح. كذا في الهامش. قوله: (مطلقاً) أي: فعل نفسه وفعل غيره. قوله: (بخلاف العكس) يعني أن يمين العلم لا تكفي في فعل نفسه ح. كذا في الهامش. قوله: (عن الزيلعي) قال الزيلعي: في كل موضع يجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبراً حتى لا يقضي عليه ولا يسقط اليمين عنه، وفي كل موضع وجب اليمين فيه على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط اليمين عنه ويقضي عليه إذا نكل، لأن الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقاً، بخلاف العكس اهـ.

وفي جامع الفصولين قيل هذا الفرع مشكل. قال الرملي: وجه إشكاله أنه كيف يقضي عليه مع أنه مكلف إلى البت، ويزول الإشكال(1) بأنه مسقط لليمين الواجبة عليه فاعتبر فيكون قضاء بعد نكول عن يمين مسقط للحلف عنه، بخلاف عكسه، ولهذا يحلف ثانياً لعدم سقوط الحلف عنه بها، فنكوله عنه لعدم اعتباره والاحتراز به فلا يقضي عليه بسببه. تأمل اهـ. واستشكل في السعدية الفرعين ولم يجب عن الثاني، وأجاب عن الأول بأنه يجوز أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذراً عن التكرار اهـ. وهو بمعنى ما ذكره الرملي. قوله: (وهو بكر) تفسير للضمير، والأولى أن يقول: أي: خصم بكر وهو زيد.

أقول: تبع الشارح في هذا المصنف وصاحب الدرر. قال بعض مشايخنا: صوابه زيد لأنه هو المنكر واليمين عليه. ويمكن أن يقال أن يحلف بالبناء للفاعل لا للمفعول ومعناه: أن يطلب من القاضي تحليفه لأن ولاية التحليف له فيكون قوله: «وهو بكر» تفسيراً للضمير في «خصمه» لكن فيه ركاكة. س. وقال في الهامش. قوله: «وهو بكر» راجع إلى المضاف إليه لا للمضاف، ولو قال: وهو زيد لكان أولى. ح. قوله: (إذا علم القاضي) ينبغي أن يخصص التقييد بذلك بصورة العين كما يظهر من العمادية، فإن جريان ذلك في الدين مشكل. عزمي. وذكر في البحر

(1) قال الرافعي: قوله: (إلى البت ويزول الإشكال) فيه سقط، وأصله: إلى البت فنكوله لعدم لزومه فلا يكون بذلاً ولا إقراراً ويزول الإشكال إلخ.

كونه ميراثاً أو أقرّ به المدعي أو برهن الخصم عليه) فيحلف على العلم (ولو ادّعاهما) أي: الدين والعين (الوارث) على غيره (يحلف) المدعى عليه (على البتات) كموهوب وشراء. درر (و) يحلف (جاحد القود) إجماعاً (فإن نكل، فإن كان في النفس حبس حتى يقرّ أو يحلف وفيما دونه يقتص) لأن الأطراف خلقت وقاية للنفس كالمال فيجري فيها الابتذال خلافاً لهما.

(قال المدعي: لي بينة حاضرة) في المصر (وطلب يمين خصمه لم يحلف) خلافاً لهما، ولو حاضرة في مجلس الحكم لم يحلف اتفاقاً، ولو غائبة عن المصر حلف اتفاقاً. ابن ملك. وقدر في المجتبى الغيبة بمدة السفر (ويأخذ القاضي) في مسألة المتن فيما لا يسقط بشبهة (كفيلاً ثقة) يؤمن هروبه. بحر فليحفظ (من خصمه)

تفصيلاً في دعوى الدين فراجعه فإنه مهم. قوله: (كونه ميراثاً) أي: كون المورّث مات وتركه. قوله: (أو برهن الخصم) وهو المدعى عليه. قوله: (فيحلف) أي: الوارث. قوله: (على العلم) أي: وإلا بأن لم يعلم القاضي حقيقة الحال ولا إقرار المدعي بذلك ولا أقام المدعى عليه بينة يحلف على البتات بالله ما عليك تسليم هذا العين إلى المدعي. عمادية عزمي. قوله: (كموهوب) يعني لو وهب رجل لرجل عبداً فقبضه أو اشترى رجل من رجل عبداً فجاء رجل وزعم أن العبد عبده ولا بينة له فأراد استحلاف المدعى عليه يحلف على البتات ح. قوله: (خلافاً لهما) فعندهما: يلزمه الأرش فيهما لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص. منح. قوله: (حاضرة في المصر) أطلق حضورها فشمل حضورها في المصر بصفة المرض، وظاهر ما في خزانة المفتين خلافه، فإنه قال: الاستحلاف يجري في الدعاوى الصحيحة إذا أنكر المدعى عليه ويقول المدعي: لا شهود لي أو شهودي غيب أو في المصر[1] اهـ. بحر. قوله: (ويأخذ القاضي) أي: بطلب المدعي كما في الخانية. وفي الصغرى: هذا إذا كان المدعي عالماً بذلك، أما إذا كان جاهلاً فالقاضي يطلب. رواه ابن سماعة عن محمد اهـ بحر. قوله: (في مسألة المتن) قيد بها لأنه لو قال: لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة. كذا في الهداية. قوله: (يؤمن هروبه) بأن يكون له دار معروفة وحانوت معروف لا يسكن في بيت بكراء ويتركه ويهرب منه. منح. وهذا شيء يحفظ جداً. بحر عن الصغرى. قال: وينبغي أن يكون الفقيه ثقة بوظائفه في الأوقاف وإن لم يكن له ملك في دار أو حانوت لأنه لا يتركها ويهرب اهـ.

وفي البحر أيضاً عن كفالة الصغرى: القاضي أو رسوله إذ أخذ كفيلاً من المدعى عليه بنفسه بأمر المدعي أولا بأمره، فإن لم يضف الكفالة إلى المدعي بأن قال: أعط كفيلاً بنفسك ولم يقل للطالب ترجع الحقوق إلى القاضي أو رسوله، حتى لو سلم إليه الكفيل يبرأ، ولو سلم إلى

---

1) قال الرافعي: قوله: (أو شهودي غيب أو في المصر) عبارة «البحر»: أو مرضى.

ولو وجيهاً والمال حقيراً في ظاهر المذهب. عيني (بنفسه ثلاثة أيام) في الصحيح، وعن الثاني إلى مجلسه الثاني وصحح (فإن امتنع من) إعطاء (ذلك) الكفيل (لازمه) بنفسه أو أمينه مقدار (مدة التكفيل) لئلا يغيب (إلا أن يكون) الخصم (غريباً) أي: مسافراً (فـ) ـيلازم أو يكفل (إلى انتهاء مجلس القاضي) دفعاً للضرر، حتى لو علم وقت سفره يكفله إليه وينظر في زيه أو يستخبر رفقاءه لو أنكر المدعي. بزازية (قال: لا بينة لي وطلب يمينه فحلفه القاضي ثم برهن) على دعواه بعد اليمين (قبل ذلك) البرهان عند الإمام (منه) وكذا لو قال المدعي: كل بينة أتي بها فهي شهود زور، أو قال: إذا حلفت فأنت بريء من المال فحلف ثم برهن على الحق قبل. خانية. وبه جزم في السراج كما مر (وقيل لا) يقبل قائله محمد كما في العمادية، وعكسه ابن ملك. وكذا الخلاف لو قال: لا دفع لي ثم أتى بدفع، أو قال الشاهد: لا شهادة لي ثم شهد. والأصح القبول لجواز النسيان ثم التذكر كما في الدرر. وأقره المصنف.

المدعي فلا، وإن أضاف إلى المدعي كان الجواب على العكس اهـ. وفيه عنها: طلب المدعي من القاضي وضع المنقول عند عدل ولم يكتف بكفيل النفس، فإن كان المدعى عليه عدلاً لا يجيبه القاضي، ولو فاسقاً يجيبه. وفي العقار: لا يجيبه إلا في الشجر الذي عليه الثمر لأن الثمر نقلي اهـ. قال في البحر: وظاهره: أن الشجر من العقار وقدمنا خلافه. وفي أبي السعود عن الحموي عن المقدسي التصريح بأنه من العقار. قوله: (في الصحيح) في البحر عن القنية: ادعى القاتل أن له بينة حاضرة على العفو أجل ثلاثة أيام، فإن مضت ولم يأت بالبينة وقال: لي بينة غائبة يقضي بالقصاص قياساً كالأموال. وفي الاستحسان: يؤجل استعظاماً لأمر الدم اهـ.

وفي البحر أيضاً عن قضاء الصغرى أن فائدة الكفالة بالثلاث أو نحوها لا لبراءة الكفيل بعدها، فإن الكفيل إلى شهر لا يبرأ بعده، لكن التكفيل إلى شهر للتوسعة على الكفيل فلا يطالب إلا بعد مضيه، لكن لو عجل لا يصح، وهنا للتوسعة على المدعي فلا يبرأ الكفيل بالتسليم للحال إذ قد يعجز المدعي عن البينة، وإذا أحضرها يعجز عن إقامتها وإنما يسلم إلى المدعي بعد وجود ذلك الوقت، حتى لو أحضر البينة قبل الوقت يطالب الكفيل. قوله: (إلى مجلسه) أي: القاضي. قوله: (لازمه) أي: دار معه حيث دار فلا يلازمه في مكان معين. وفي الصغرى: ولا يلازمه في المسجد لأنه بني للذكر، به يفتى. ثم قال: ويبعث معه أميناً يدور معه. ورأيت في زيادات بعض المشايخ أن للمطلوب أن لا يرضى بالأمين عنده خلافاً لهما بناء على التوكيل بلا رضا الخصم. بحر ملخصاً، وتمامه فيه. قوله: (أي مسافراً) تفسير مراد. قوله: (حتى لو علم) بأن قال: أخرج غداً مثلاً. قوله: (يكفله) أي: إلى وقت سفره. بحر. قوله: (كما مر) أي: عند قول المصنف:

(ادعى المديون الإيصال فأنكر المدعي) ذلك (ولا بينة له) على مدعاه (فطلب يمينه فقال المدعي اجعل حقي في الختم ثم استحلفني له ذلك) قنية (واليمين بالله تعالى) لحديث: «مَنْ كَانَ حَالِفاً فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ تَعَالَى أَوْ لِيَذَرْ»[1] وهو قول والله. خزانة. وظاهره: أنه لو حلفه بغيره لم يكن يميناً، ولم أره صريحاً. بحر (لا بطلاق وعتاق) وإن ألحّ الخصم، وعليه الفتوى تاترخانية لأن التحليف بهما حرام. خانية. (وقيل إن مست الضرورة فوّض إلى القاضي) اتباعاً للبعض (فلو حلفه) القاضي (به فنكل فقضى عليه) بالمال (لم ينفذ) قضاؤه (على) قول (الأكثر) كذا في خزانة المفتين، وظاهره أنه مفرّع على قول الأكثر، أما على القول بالتحليف بهما فيعتبر نكوله ويقضي به وإلا فلا فائدة. بحر. ....

«اصطلحا على أن يحلف عند غير قاض إلخ» لكن هناك اليمين من المدعي، وكما مر عند قوله: «وتقبل البينة لو أقامها بعد يمين». قوله: (فأنكر المدعي) أي: مدعي الدين. قوله: (ولا بينة له) أي: لمدعي الإيصال. قوله: (فطلب يمينه) أي: يمين الدائن. قوله: (فقال المدعي) أي: مدعي الدين. قوله: (اجعل حقي في الختم) أي: الصك، ومعناه: اكتب لي الصك بالبيّنة ثم استحلفني مدني، أو المراد إحضار نفس الحق في شيء مختوم وهو الأظهر. وفي حاشية الفتال عن الفتاوى الأنقروية: يعني أحضر حقي ثم استحلفني، ومثله بخط السائحاني، ومثله في الحامدية. قوله: (أنه لو حلفه بغيره) كالرحمٰن والرحيم. بحر. قوله: (ولم أره صريحاً) فيه أن قولهم في التغليظ: ويجتنب العطف كي لا تتكرر اليمين كما يأتي، وصاحب البحر نفسه صرح به، وقولهم في كتاب الأيمان: والقسم بالله تعالى أو باسم من أسمائه الرحمٰن والرحيم والحق، أو بصفة يحلف بها من صفاته تعالى كعزة الله وجلال الله وكبريائه وعظمته وقدرته يدل على كونه يميناً اهـ شيخنا. والعجب من صاحب المنح حيث نقله وأقره عليه، وكذا الشارح، ثم رأيت مثل ما قدمته منقولاً عن المقدسي وكتبته في هامش البحر. قوله: (وإلا فلا فائدة) تظهر فائدته فيما إذا كان جاهلاً بعدم اعتبار نكوله، فإذا طلب حلفه به ربما يمتنع ويقر بالمدّعى. درر البحار.

(١) رواه البخاري في كتاب: الأيمان، باب: لا تحلفوا بآبائكم. (١١/ ٤٦٢). ورواه مسلم في كتاب: الأيمان، باب: النهي عن الحلف بغير الله تعالى. (الحديث: ١٦٤٦). ورواه في الموطأ كتاب: الأيمان، باب: جامع الأيمان (٢/ ٤٨٠). ورواه أبو داود في كتاب: الأيمان، باب: في كراهية الحلف بالآباء. (الحديث: ٣٢٤٩). ورواه الترمذي في كتاب: الأيمان، باب: ما جاء في كراهية الحلف بغير الله (الحديث: ١٥٣٤). ورواه النسائي في كتاب: الأيمان، باب: الحلف بالآباء (٧/ ٥). انظر جامع الأصول: ١١/ ٦٥٣ (٩٢٨١).

واعتمده المصنف.

قلت: ولو حلف بالطلاق أنه لا مال عليه ثم برهن المدعي على المال، إن شهدوا على السبب كالإقراض لا يفرق، وإن شهدوا على قيام الدين يفرق، لأن السبب لا يستلزم قيام الدين. **وقال محمد** في الشهادة على قيام المال: لا يحنث لاحتمال صدقه، خلافاً لأبي يوسف، كذا في شرح الوهبانية للشرنبلالي وقد تقدم **(ويغلظ بذكر أوصافه تعالى)** وقيده بعضهم بفاسق ومال خطير **(والاختيار)** فيه و **(في صفته إلى القاضي)** ويجتنب العطف كي لا تتكرّر اليمين **(فلو حلف بالله ونكل عن التغليظ لا يقضي عليه به)** أي بالنكول، لأن المقصود الحلف بالله وقد حصل. زيلعي. **(لا)** يستحب التغليظ على المسلم **(بزمان و)** لا بـ**(ـمكان)** كذا في الحاوي، وظاهره: أنه مباح **(ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى، والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى، والمجوسي بالله الذي خلق النار)**

قوله: (واعتمده المصنف) لكن عبارة ابن الكمال: فإن ألح الخصم قيل صح بهما في زماننا، لكن لا يقضي عليه بالنكول لأنه امتنع عما هو منهيّ عنه شرعاً، ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ انتهت. ومثله في الزيلعي وشرح درر البحار. وظاهره: أن القائل بالتحليف بهما يقول إنه غير مشروع، ولكن يعرض عليه لعله يمتنع، فإن من له أدنى ديانة لا يحلف بهما كاذباً فإنه يؤدي إلى طلاق الزوجة وعتق الأمة أو إمساكهما بالحرام، بخلاف اليمين بالله تعالى فإنه يتساهل به في زماننا كثيراً. تأمل. وقوله: لأنه امتنع عما هو منهيّ عنه شرعاً.

أقول: فكيف يجوز للقاضي تكليفه الإتيان بما هو منهيّ شرعاً، ولعل ذلك البعض يقول: النهي عنه تنزيهي. سعدية. **قوله: (وقد تقدم)** أي: قبيل قوله: «ولا تحليف في طلاق ورجعة إلخ». **قوله: (ويغلظ إلخ)** أي: يؤكد اليمين بذكر أوصاف الله تعالى وذلك مثل قوله: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمٰن الرحيم، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه ولا شيء منه، لأن أحوال الناس شتى، فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويحتال عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك. زيلعي. **قوله: (زيلعي)** عبارته: ولو أمره بالعطف[1] فأتى بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضي عليه بالنكول لأن المستحق عليه يمين واحدة وقد أتى بها اهـ. **قوله: (وظاهره أنه مباح)** في البحر عن المحيط: لا يجوز التغليظ بالمكان.

---

(1) **قال الرافعي:** قوله: (عبارته: ولو أمره بالعطف إلخ) المناسب كتابته على قوله: ويجتنب إلخ، وكتابة ما قاله الزيلعي هنا من قوله: ولو حلف من غير تغليظ ونكل عن التغليظ لا يقضي عليه إلخ.

فيغلظ على كل بمعتقده، فلو اكتفى بالله كالمسلم كفى. اختيار **(والوثني بالله تعالى)** لأنه يقرّ به وإن عبد غيره، وجزم ابن الكمال بأن الدهرية لا يعتقدونه تعالى.

قلت: وعليه فبماذا يحلفونَ، وبقي تحليف الأخرس أن يقول له القاضي: عليك عهد الله وميثاقه إن كان كذا وكذا، فإذا أومأ برأسه أي: نعم صار حالفاً، ولو أصمّ أيضاً كتب له ليجيب بخطه إن عرفه وإلا فبإشارته، ولو أعمى أيضاً فأبوه أو وصيه أو من نصبه القاضي. شرح وهبانية **(ولا يحلفون في بيوت عباداتهم)** لكراهة دخولها. بحر **(ويحلف القاضي)** في دعوى سبب يرتفع **(على الحاصل)** أي: على صورة إنكار المنكر، وفسره بقوله: **(أي بالله ما بينكما نكاح قائم** ....

قوله: (فيغلظ على كل إلخ) قال في البحر: فإن قلت: إذا حلف الكافر بالله فقط ونكل عما ذكر هل يكفيه أم لا، قلت: لم أره صريحاً، وظاهر قولهم: إنه يغلظ به أنه ليس بشرط وأنه من باب التغليظ فيكتفي بالله ولا يقضي عليه بالنكول عن الوصف المذكور اهـ. **قوله: (صار حالفاً)** ولا يقول: بالله إنه كان كذا لأنه إذا قال: نعم يكون إقراراً لا يميناً كما في الشرنبلالية س. **قوله: (أو وصيه أو من نصبه القاضي)** وهذا مستثنى من قولهم: الحلف لا يجري فيه النيابة. أبو السعود. **قوله: (ويحلف القاضي إلخ) قال في نور العين**: النوع الثالث في مواضع التحليف على الحاصل والتحليف على السبب جمع.

ثم المسألة على وجوه: إما أن يدعي المدعي ديناً أو ملكاً في عين أو حقاً في عين، وكل منها على وجهين: إما أن يدعيه مطلقاً أو بناء على سبب، فلو ادعى ديناً ولم يذكر سببه يحلف على الحاصل ماله قبلك ما ادعاه ولا شيء منه[1]، وكذا لو ادعى ملكاً في عين حاضر أو حقاً في عين حاضر ادعاه مطلقاً ولم يذكر له سبباً يحلف على الحاصل ما هذا لفلان ولا شيء منه، ولو ادعاه بناء على سبب بأن ادعى ديناً بسبب قرض أو شراء أو ادعى ملكاً بسبب بيع أو هبة أو ادعى غصباً أو وديعة أو عارية يحلف على الحاصل في ظاهر الرواية لا على السبب بالله ما استقرضت ما غصبت ما أودعك ما شريت منه كافي. وعن أبي يوسف يحلف على السبب في هذه الصورة المذكورة إلا عند تعريض المدعى عليه نحو أن يقول: أيها القاضي قد يبيع الإنسان شيئاً ثم يقيل فحينئذ يحلف القاضي على الحاصل. منح. وذكر شمس الأئمة الحلواني رواية أخرى عن أبي يوسف أن المدعى عليه لو أنكر السبب يحلف على السبب، ولو قال: ما عليّ ما يدعيه يحلف على الحاصل. قاضيخان. وهذا أحسن الأقاويل عندي وعليه أكثر القضاة، يقول الحقير: وكذا في مختارات النوازل لصاحب الهداية اهـ. **قوله: (ما بينكما نكاح قائم)** إدخال النكاح في المسائل التي يحلف فيها على الحاصل عندهما غفلة من صاحب الهداية والشارحين، لأن أبا حنيفة لا

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ما له قبلك ما ادعاه ولا شيء منه) الجمع بين الكل والبعض احتياط.

و) ما بينكما **(بيع قائم وما يجب عليك ردّه)** لو قائماً أو بدله لو هالكاً **(وما هي بائن منك)** وقوله: **(الآن)** متعلق بالجميع. مسكين **(في دعوى نكاح وبيع وغصب وطلاق)** فيه لفّ ونشر لا على السبب: أي: بالله ما نكحت وما بعت خلافاً للثاني نظراً للمدعى عليه أيضاً[1] لاحتمال طلاقه وإقالته **(إلا إذا لزم)** من الحلف على الحاصل **(ترك النظر للمدعي فيحلف)** بالإجماع **(على السبب)** أي: على صورة دعوى

يقول: بالتحليف في النكاح إلا أن **يقال**: إن الإمام فرّع على قولهما لا على **قوله**: كتفريعه في المزارعة على قولهما. بحر. ونقل عن المقدسي أنه محمول على ما إذا كان مع النكاح دعوى المال. **قوله**: **(بيع قائم)** هذا، والحق ما في الخزانة من التفصيل. **قال المشتري**: إذا ادعى الشراء فإن ذكر نقد الثمن فالمدعى عليه يحلف بالله ما هذا العبد ملك المدعي ولا شيء منه بالسبب الذي ادعى ولا يحلف بالله ما بعته، وإن لم يذكر المشتري نقد الثمن يقال له: احضر الثمن، فإذا أحضره استحلفه بالله ما يملك قبض هذا الثمن وتسليم هذا العبد من الوجه الذي ادعى، وإن شاء حلفه بالله ما بينك وبين هذا شراء قائم الساعة.

والحاصل: أن دعوى الشراء[2] مع نقد الثمن دعوى المبيع ملكاً مطلقاً وليست بدعوى العقد ولهذا تصح مع جهالة الثمن معنى، وليست بدعوى العقد ولهذا تصح مع جهالة المبيع فيحلف على ذلك الثمن اهـ بحر. **قوله**: **(لو قائماً إلخ)** زاده لما في البحر، وفي قول المؤلف: «وما يجب عليك رده» قصور، والصواب ما في الخلاصة: وما يجب عليك رده ولا مثله ولا بدله ولا شيء من ذلك اهـ. وكذا في **قوله**: «وما هي بائن منك الآن» لأنه خاص بالبائن. وأما الرجعي فيحلف بالله ما هي طالق في النكاح الذي بينكما. وأما إذا كانت الدعوى بالطلاق الثلاث فقال **الإسبيجابي**: يحلف بالله ما طلقتها ثلاثاً في النكاح الذي بينكما اهـ.

وقد ذكر في البحر هنا جملة مما يحلف فيه على الحاصل فراجعه، **وقال بعدها**: ثم اعلم أنه تكرر منهم في بعض صور التحليف تكرار لا في لفظ اليمين خصوصاً في تحليف مدعي دين على الميت فإنها تصل إلى خمسة، وفي الاستحقاق إلى أربعة مع قولهم في كتاب الأيمان: إن اليمين تتكرر بتكرار حرف العطف مع قوله: **لا كقوله**: لا آكل طعاماً ولا شراباً، ومع قولهم هنا في تغليظ اليمين: يجب الاحتراز عن العطف لأن الواجب يمين واحدة فإذا عطف صارت أيماناً، ولم أر عنه جواباً بل ولا من تعرّض له اهـ. **قال الرملي**: أقول إذا تأمل المتأمل وجد التكرار لتكرار المدعي فليتأمل اهـ: يعني أن المدعي وإن ادعى شيئاً واحداً في اللفظ لكنه مدع لأشياء متعددة ضمناً فيحلف الخصم عليها احتياطاً. **قوله**: **(نظراً للمدعى عليه)** تعليل لقوله: لا على السبب.

---

(1) **قال الرافعي**: قول الشارح: **(نظراً للمدعى عليه أيضاً)** أي: كما نظر للمدعي في أصل التحليف.

(2) **قال الرافعي**: **قوله**: **(والحاصل أن دعوى الشراء إلخ)** فيه بعض سقط.

المدعي (**كدعوى شفعة بالجوار ونفقة مبتوتة والخصم لا يراهما**) لكونه شافعياً لصدق حلفه على الحاصل في معتقده فيتضرّر المدعي.

قلت: ومفاده: أنه لا اعتبار بمذهب المدعى عليه، وأما مذهب المدعي ففيه خلاف. والأوجه أن يسأله القاضي هل تعتقد وجوب شفعة الجوار أو لا، واعتمده المصنف (**وكذا**) أي: يحلف على السبب إجماعاً (**في سبب لا يرتفع**) برافع بعد ثبوته (**كعبد مسلم يدّعي**) على مولاه (**عتقه**) لعدم تكرّر رقه (و) أما (**في الأمة**) ولو مسلمة (**والعبد الكافر**) فلتكرّر رقهما باللحاق حلف مولاهما (**على الحاصل**) والحاصل اعتبار الحاصل إلا لضرر مدّع وسبب غير متكرّر (**وصح فداء اليمين والصلح منه**) لحديث: «ذُبُّوا عَنْ أَعْرَاضِكُمْ بِأَمْوَالِكُمْ»[1] **وقال الشهيد**: الاحتراز عن اليمين الصادقة واجب. **قال في البحر**: أي: ثابت بدليل جواز الحلف صادقاً (**ولا يحلف**) المنكر (**بعده**) أبداً لأنه أسقط حقه (و) قيد بالفداء أو الصلح لأن المدعي (**لو أسقطه**) أي: اليمين (**قصداً بأن قال: برئت من الحلف أو تركته عليه أو وهبته لا يصح وله التحليف**) بخلاف البراءة عن المال لأن التحليف للحاكم. بزازية. وكذا إذا اشترى يمينه لم يجز لعدم ركن البيع. درر.

فرع: استحلف خصمه فقال: حلفتني مرة، إن عند حاكم أو محكم وبرهن،

قوله: (**لكونه شافعياً**) لأن الشافعي يحلف على الحاصل معتقداً مذهبه أنها لا تستحق نفقة ولا شفعة فيضيع النفع، فإذا حلف أنه ما أبانها واشترى ظهر النفع ورعاية جانب المدعي أولى، لأن السبب إذا ثبت ثبت الحق واحتمال سقوطه بعارض متوهم، والأصل عدمه حتى يقوم الدليل على العارض اهـ. **قوله**: (**ففيه خلاف**) قيل لا اعتبار به وإنما الاعتبار لمذهب القاضي. **قوله**: (**والأوجه أن يسأله**) أي: يسأل المدعي. **قوله**: (**واعتمده المصنف**) أي: تبعاً للبحر، وانظر هل يجري ذلك في قضاة زماننا المأمورين بالحكم بمذهب أبي حنيفة. **قوله**: (**والصلح منه**) أي: على شيء معلوم، والفرق أن الثاني بأقل من المدعي، وأما الأول فقد يكون بمثله كما في القهستاني. ح. **قوله**: (**ولا يحلف**) ضبطها المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ بتشديد اللام. **قوله**: (**لأنه أسقط حقه**) أي: حقه في الخصومة، والذي في البحر لأنه أسقط خصومته بأخذ المال منه. مدني. **قوله**: (**وبرهن قبل**) في البحر عن البزازية: ولو قال المدعى عليه حين أراد القاضي تحليفه: إنه حلفني على هذا المال عند قاض آخر أو أبرأني عنه إن برهن قبل واندفع

---

(١) رواه الديلمي في فردوسه.
انظر: منتخب كنز العمال: ١/ ٣٠١.

قبل، وإلا فله تحليفه. درر.

قلت: ولم أر ما لو قال: إني قد حلفت بالطلاق إني لا أحلف فيحرر.

عنه الدعوى، وإلا قال الإمام البزدوي: انقلب المدعي مدعى عليه، فإن نكل اندفع الدعوى وإن حلف لزم المال[1]، لأن دعوى الإبراء عن المال إقرار بوجوب المال عليه، بخلاف دعوى الإبراء عن دعوى المال اهـ. وظاهر هذا أن قول الشارح: «وإلا فله تحليفه» أي: وإلا يبرهن فله تحليفه: أي: تحليف المدعي الأول. تأمل. وعبارة الدرر: ولو لم يكن له بينة واستحلفه: أي: أراد تحليف المدعي جاز. **قوله**: (**وإلا فله تحليفه**) أي: تحليف المدعي. **قال في نور العين**: أرد تحليفه فبرهن أن المدعي حلفني على هذه الدعوى عند قاضي كذا يقبل، ولولا بينة له فله تحليف المدعي لأنه يدعي بقاء حقه في اليمين، ولو ادعى أن المدعي أبرأني عن هذه الدعوى ليس له تحليفه إن لم يبرهن إذ المدعي بدعواه استحق الجواب على المدعى عليه. والجواب إما إقرار أو إنكار، وقوله: أبرأني إلخ ليس بإقرار ولا إنكار فلا يسمع ويقال له: أجب خصمك ثم ادع ما شئت، وهذا بخلاف ما لو قال: أبرأني عن هذا الألف فإنه يحلف، إذ دعوى البراءة عن المال إقرار بوجوبه والإقرار جواب ودعوى الإبراء مسقط فيترتب عليه اليمين، ومنهم من قال: الصواب أن يحلف[2] على دعوى البراءة كما يحلف على دعوى التحليف وإليه مال. مح. وعليه أكثر قضاة زماننا اهـ. وعبارة الدرر: ولو لم يكن له بينة واستحلفه: أي: أراد تحليف المدعي جاز انتهت، وبه علم ما في عبارة الشارح من الإيهام، فتنبه. **قوله**: (ولم أر إلخ) وجدت في هامش نسخة شيخنا بخط بعض العلماء ما نصها: قد رأيتها في أواخر القضاء قبيل كتاب الشهادة من فتاوى الكرنبشي معزياً لأول قضاء جواهر الفتاوى. وعبارته: رجل ادعى على آخر دعوى وتوجهت عليه اليمين فلما عرض القاضي اليمين عليه قال: إني حلفت بالطلاق إني لا أحلف أبداً والآن لا أحلف حتى لا يقع عليّ الطلاق، فإن القاضي يعرض عليه اليمين ثلاثاً ثم يحكم بالنكول، ولا يسقط عنه اليمين بهذا اليمين اهـ. **قوله**: (**فيحرر**) أقول: سبق عن العناية أن القاضي لا يجد بداً من إلحاق الضرر بأحدهما في الاستحلاف على الحاصل أو على السبب، فمراعاة جانب المدعي أولى، فعلى هذا لا يعذر بدعواه الحلف بالطلاق ويقضي عليه بالنكول، على أن ذلك يكون بالأولى لأنه هو الذي ألحق الضرر بنفسه بإقدامه على الحلف بالطلاق اهـ أبو السعود.

(1) **قال الرافعي**: **قوله**: (**وإن حلف لزم المال**) أي: في دعوى الإبراء، وفي دعوى التحليف يحلف القاضي المدعى عليه المال.

(2) **قال الرافعي**: **قوله**: (**ومنهم من قال: الصواب أن يحلف إلخ**) وفي «الخانية» من الفصل (١١) نقلاً عن شمس الأئمة الحلواني أن له أن يحلفه في المسألتين وهو الأصح.

١ ـــ بَابُ التَّحَالُفِ

لما قدم يمين الواحد ذكر يمين الاثنين (اختلفا) أي: المتبايعان (في قدر ثمن) أو وصفه أو جنسه (أو) في قدر (مبيع حكم لمن برهن) لأنه نوّر دعواه بالحجة (وإن برهنا فلمثبت الزيادة) إذ البينات للإثبات (وإن اختلفا فيهما) أي: الثمن والمبيع جميعاً (قدم برهان البائع لو) الاختلاف (في الثمن وبرهان المشتري لو في المبيع) نظراً لإثبات الزيادة (وإن عجزا) في الصور الثلاث عن البينة، فإن رضي كل بمقالة

أقول: وأيضاً لو كان ذلك حجة صحيحة لتحيل به كل من توجه عليه يمين فيلزم منه ضياع حق المدعي ومخالفة نص الحديث: «وَٱلْيَمِيْن عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[١] فتدبر.

بَابُ التَّحَالُفِ

قوله: (أو وصفه) كالبخاري والبغدادي. **قوله**: (أو جنسه) كدراهم أو دنانير. **قوله**: (أو في قدر مبيع) فلو في وصفه فلا تحالف[1]، والقول للبائع كما سيذكره الشارح. **قوله**: (لو الاختلاف في الثمن) **أقول**: في زيادة «لو» هنا في الموضعين خلل. وعبارة الهداية: ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً فبينة البائع في الثمن أولى، وبينة المشتري في المبيع أولى نظراً إلى زيادة الإثبات، **قاله شيخ والدي المفتي محمد تاج الدين المدني**. **قوله**: (فإن رضي إلخ) هذه العبارة لا تشمل إلا صورة الاختلاف[2] فيهما، فالأولى أن يقول كما قال غيره: فإن تراضيا على شيء، أي: بأن رضي البائع بالثمن الذي ادعاه المشتري أو رضي المشتري بالبيع الذي ادعاه البائع عند الاختلاف في أحدهما أو رضي كل بقول الآخر عند الاختلاف فيهما. وقال الحلبي: العبارة

---

(1) **قال الرافعي**: **قوله**: (فلو في وصفه فلا تحالف إلخ) لم يعلم حكم ما إذا اختلفا في جنسه، وسيأتي بيانه في كلامه.

(2) **قال الرافعي**: **قوله**: (هذه العبارة لا تشمل إلا صورة الاختلاف) كأنه فهم أن المراد ما إذا رضي كل بمقالة الآخر في آن واحد، وليس المراد خصوص هذا بل ما يشمل ما إذا رضي كل بمقالة الآخر في آنين، بأن رضي البائع بالثمن الذي قاله المشتري عند الاختلاف فيه، أو رضي المشتري بالمبيع الذي ذكره البائع عند الاختلاف فيه.

---

(١) رواه الترمذي في كتاب: الأحكام، باب: ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه. (الحديث: ١٣٤١). ورواه البيهقي في سننه: ١٠/ ٢٥٢.
انظر جامع الأصول: ١٠/ ١٨٣ (٧٦٧٩).

الآخر فبها (و) إن (لم يرض واحد منهما بدعوى الآخر تحالفا)[1] ما لم يكن فيه خيار فيفسخ من له الخيار (وبدىء بـ)ـيمين (المشتري) لأنه البادىء بالإنكار، وهذا (لو) كان (بيع عين بدين وإلا) بأن كان مقايضة أو صرفاً (فهو مخير) وقيل يقرع. ابن ملك. ويقتصر على النفي في الأصح (وفسخ القاضي البيع بطلب أحدهما) أو بطلبهما، ولا ينفسخ بالتحالف ولا بفسخ أحدهما بل بفسخهما. بحر (ومن نكل) منهما (لزمه دعوى الآخر) بالقضاء[2]، وأصله قوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان

فاسدة، والصواب كما قال غيره: فإن تراضيا على شيء. قوله: (فيفسخ من له الخيار) قال في البحر: وأشار بعجزهما[3] إلى أن البيع ليس فيه خيار لأحدهما، ولهذا قال في الخلاصة: إذا كان للمشتري خيار رؤية أو خيار عيب أو خيار شرط لا يتحالفان اهـ. والبائع كالمشتري، فالمقصود أن من له الخيار متمكن من الفسخ فلا حاجة إلى التحالف، ولكن ينبغي أن البائع إذا كان يدّعي زيادة الثمن وأنكرها المشتري فإن خيار المشتري يمنع التحالف، وأما خيار البائع فلا، ولو كان المشتري يدّعي زيادة المبيع والبائع ينكرها فإن خيار البائع يمنعه لتمكنه من الفسخ، وأما خيار المشتري فلا، هذا ما ظهر لي تخريجاً لا نقلاً اهـ.

وحاصله: أن من له الخيار لا يتمكن من الفسخ دائماً فينبغي تخصيص الإطلاق. قوله: (وبدىء بيمين المشتري) أي: في الصور الثلاث كما في شرح ابن الكمال: وقوله: (لأنه البادىء بالإنكار) قال السائحاني: هذا ظاهر في التحالف في الثمن، أما في المبيع مع الاتفاق على الثمن فلا يظهر لأن البائع هو المنكر فالظاهر البداءة به، ويشهد له ما سيأتي أنه إذا اختلف المؤجر والمستأجر في قدر المدة بدىء بيمين المؤجر، وإلى ذلك أومأ القهستاني اهـ. وبحث مثل هذا البحث العلامة الرملي. قوله: (بأن كان مقايضة) أي: سلعة بسلعة. قوله: (أو صرفاً) أي: ثمناً بثمن. قوله: (ويقتصر على النفي) بأن يقول البائع: واللَّه ما باعه بألف والمشتري واللَّه ما اشتراه بألفين. قوله: (في الأصح) وفي الزيادات: يحلف البائع واللَّه ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري باللَّه ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف. س. قوله: (بل بفسخهما) ظاهر ما ذكره الشارحون أنهما لو فسخاه انفسخ بلا توقف على القاضي وأن فسخ أحدهما لا يكفي وإن اكتفى بطلب أحدهما. بحر. وذكر فائدة عدم فسخه بنفس التحالف أنه لو كان البيع جارية

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (تحالفا) في «الاختيار»: وإن ماتا أو أحدهما واختلفت الورثة فلا تحالف.

(2) قال الرافعي: قول الشارح: (بالقضاء) كذا في «الدرر»، وإنما احتيج للقضاء لأن النكول إما بذل أو إقرار فيه شبهة، فبتقوية القضاء يكون حجة ملزمة، وبدونه لا يكون حجة ملزمة.

(3) قال الرافعي: قوله: (وأشار بعجزهما إلخ) في حاشية «البحر» في هذه الإشارة نظر.

والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادّا»[1] وهذا كله لو الاختلاف في البدل مقصوداً، فلو في ضمن شيء كاختلافهما في الزقّ فالقول للمشتري في أنه الزق ولا تحالف، كما لو اختلفا في وصف المبيع كقوله: اشتريته على أنه كاتب أو خباز وقال البائع: لم أشترط فالقول للبائع ولا تحالف. ظهيرية (و) قيد باختلافهما في ثمن ومبيع لأنه (لا تحالف في) غيرهما لأنه لا يختل به قوام العقد نحو (أجل وشرط) رهن أو خيار أو ضمان (وقبض بعض ثمن ....

فللمشتري وطؤها كما في النهاية. قوله: (والسلعة قائمة) احتراز عما إذا هلكت، وسيأتي متناً. قوله: (كاختلافهما في الزقّ) هو الظرف إذا أنكر البائع أن هذا زقه، وصورته كما في الزيلعي: أن يشتري الرجل من آخر سمناً في زق وزنه مائة رطل ثم جاء بالزق فارغاً ليرده على صاحبه ووزنه عشرون فقال البائع: ليس هذا زقي وقال المشتري: هو زقك فالقول قول المشتري سواء سمى لكل رطل ثمناً أو لم يسم، فجعل هذا اختلافاً في المقبوض وفيه القول قول القابض إن كان في ضمنه اختلاف في الثمن، ولم يعتبر في إيجاب التحالف لأن الاختلاف فيه وقع مقتضى اختلافهما في الزق اهـ. قوله: (نحو أجل) ذكر في البحر هنا مسألة عجيبة فلتراجع. قوله: (نحو أجل وشرط) لأنهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض، فقد جزموا هنا بأن القول لمنكر الخيار كما علمت. وذكروا في خيار الشرط فيه قولين قدمناهما في بابه، والمذهب ما ذكروه هنا. بحر. أطلق الاختلاف في الأجل فشمل الاختلاف في أصله وقدره فالقول لمنكر الزائد، بخلاف ما لو اختلفا في الأجل في السلم[1] فإنهما يتحالفان كما قدمناه في بابه، وخرج الاختلاف في مضيه فإن القول فيه للمشتري لأنه حقه وهو منكر استيفاء حقه. كذا في النهاية. بحر. وفيه ويستثنى من الاختلاف في الأجل ما لو اختلفا في أجل السلم بأن ادعاه أحدهما ونفاه الآخر فإن القول فيه لمدعيه عند الإمام لأنه فيه شرط وتركه فيه مفسد للعقد وإقدامهما عليه يدل على الصحة، بخلاف ما نحن فيه، لأنه لا تعلق له بالصحة والفساد فيه فكان القول لنا فيه. قوله: (وشرط رهن) أي: بالثمن من المشتري ط. قوله: (أو ضمان) أي: اشتراط كفيل. قوله: (وقبض بعض ثمن) أو حط البعض أو إبراء الكل. بحر. والتقييد به اتفاقي، إذ الاختلاف في قبض كله كذلك وهو قبول قول البائع وإنما لم يذكره باعتبار أنه مفروغ عنه بمنزلة سائر الدعاوى. كذا في

(1) قال الرافعي: قوله: (بخلاف ما لو اختلفا في الأجل في السلم إلخ) أي: في مقدار الأجل كما هو ظاهر.

(1) رواه بنحوه في الموطأ كتاب: البيوع، باب: بيع الخيار (٢/ ٦٧١). ورواه الترمذي في كتاب: البيوع، باب: إذا اختلف البيعان. (الحديث: ١٢٧٠). ورواه أحمد في المسند: (الحديث: ٤٤٤٢).
انظر جامع الأصول: ١/ ٥٧٩ (٤١٢).

والقول للمنكر) بيمينه. **وقال زفر والشافعي: يتحالفان (ولا) تحالف إذا اختلفا (بعد هلاك المبيع)** أو خروجه عن ملكه أو تعيبه بما لا يرد به **(وحلف المشتري)** إلا إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري. **وقال محمد والشافعي: يتحالفان ويفسخ على** قيمة الهالك وهذا لو الثمن ديناً، فلو مقابضة تحالفا إجماعاً لأن المبيع كل منهما ويرد مثل الهالك أو قيمته، كما لو اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة بأن قال أحدهما: دراهم والآخر: دنانير تحالفا ولزم المشتري رد القيمة. سراج **(ولا) تحالف (بعد هلاك بعضه)** ....

النهاية. بحر. **قوله: (بيمينه)** لأنه اختلاف في غير المعقود عليه وبه فأشبه الاختلاف في الحط والإبراء، وهذا لأن بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد، بخلاف الاختلاف في وصف الثمن أو جنسه فإنه بمنزلة الاختلاف في القول في جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن، فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الأجل؛ ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه. بحر. **قوله: (إذا اختلفا)** أي: في مقدار الثمن. معراج. ومثله في متن المجمع. **قوله: (بعد هلاك المبيع)** أفاد أنه في الأجل وما بعده لا فرق بين كون الاختلاف بعد الهلاك أو قبله. **قوله: (المبيع)** أي: عند المشتري إذ قبل قبضه ينفسخ العقد بهلاكه. معراج. **قوله: (أو تعيبه إلخ)** فيه أنه داخل في الهلاك[1] لأنه منه. تأمل. ثم إن عبارتهم هكذا: أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب. قال في الكفاية: بأن زاد زيادة متصلة أو منفصلة اهـ: أي: زيادة من الذات كسمن وولد وعقر. **قال في غرر الأفكار:** ولو لم تنشأ من الذات سواء كانت من حيث السعر أو غيره قبل القبض أو بعده يتحالفان اتفاقاً ويكون الكسب للمشتري اتفاقاً اهـ. ثم إن الشارح تبع الدرر. ولا يخفى أن ما قالوه أولى لما علمت من شموله العيب وغيره. تأمل. **قوله: (غير المشتري)** فإنهما يتحالفان لقيام القيمة مقام العين كما في البحر س. **قوله: (على قيمة الهالك)** إن قيمياً ومثله إن مثلياً خير الدين. س. **قوله: (تحالفا إجماعاً)** وإن اختلفا في كون البدل ديناً أو عيناً إن ادعى المشتري أنه كان عيناً يتحالفان عندهما، وإن ادعى البائع أنه كان عيناً وادعى المشتري أنه كان ديناً لا يتحالفان، والقول **قول المشتري:** كفاية. **قوله: (لأن المبيع كل منهما)** أي: فكان قائماً ببقاء المعقود عليه فيرده. بحر: أي: يرد القائم. **قوله: (كما لو اختلفا)** وبهذا علم أن الاختلاف في جنس الثمن كالاختلاف في قدره إلا في مسألة هي ما إذا كان المبيع هالكاً. بحر. **قوله: (تحالفا)** لأنهما لم يتفقا على ثمن فلا بد من التحالف للفسخ. **قوله: (بعد هلاك بعضه)** أي: هلاكه بعد القبض كما سيذكره قريباً.

(1) **قال الرافعي: قوله: (فيه أنه داخل في الهلاك إلخ)** إذ بالتعيب يفوت جزء منه ولو وصفاً، فيكون من باب هلاك البعض، فهو داخل فيما يأتي.

أو خروجه عن ملكه كعبدين مات أحدهما عند المشتري بعد قبضهما ثم اختلفا في قدر الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى **(إلا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك)** أصلاً فحينئذ يتحالفان؛ هذا على تخريج الجمهور، وصرف مشايخ بلخ الاستثناء إلى يمين المشتري **(ولا في)** قدر **(بدل كتابة)** لعدم لزومها **(و)** قدر **(رأس مال بعد إقالة)** عقد **(السلم)** بل القول للعبد والمسلم إليه ولا يعود السلم **(وإن اختلفا)**

قوله: (عند المشتري) قبل نقد الثمن. **قوله:** (بعد قبضهما) فلو قبله يتحالفان في موتهما[1] وموت أحدهما وفي الزيادة لوجود الإنكار من الجانبين. كفاية. **قوله:** (عند أبي حنيفة) لأن التحالف مشروط بعد القبض بقيام السلعة وهي اسم لجميع المبيع فإذا هلك بعضه انعدم الشرط، والقول للمشتري مع يمينه عنده لإنكاره الزائد. غرر الأفكار. **قوله:** (أصلاً) أي: لا يأخذ من ثمن قيمة الهالك شيئاً أصلاً ويجعل الهالك كأن لم يكن وكان العقد على القائم فحينئذ يتحالفان في ثمنه، وينكول أيهما لزم دعوى الآخر. غرر الأفكار. **قوله:** (يتحالفان) أي: على ثمن الحي ح. **قوله:** (تخريج الجمهور) من صرف الاستثناء إلى التحالف. **قوله:** (وصرف مشايخ بلخ الاستثناء إلخ) أي: المقدر في الكلام لأن المعنى: ولا تحالف بعد هلاك بعضه بل اليمين على المشتري إلا أن يرضى إلخ. قال في غرر الأفكار بعد ما قدمناه: وقيل الاستثناء ينصرف إلى حلف المشتري المفهوم من السياق: يعني يأخذ من ثمن الهالك[2] قدر ما أقرّ به المشتري، إذ البائع أخذ القائم صلحاً عن جميع ما ادعاه على المشتري فلم يبق حاجة إلى تحليف المشتري وعن أبي حنيفة أنه يأخذ من ثمن الهالك ما أقر به المشتري لا الزيادة فيتحالفان ويترادان في القائم اهـ. **قوله:** (إلى يمين المشتري) وحينئذ فالبائع يأخذ الحي صلحاً عما يدعيه قبل المشتري من الزيادة. زيلعي. **قوله:** (بعد إقالة) قيد بالاختلاف بعدها لأنهما لو اختلفا في قدره وتحالفا كالاختلاف في جنسه ونوعه وصفته كالاختلاف في المسلم فيه في الوجوه الأربعة كما قدمناه. بحر. **قوله:** (عقد السلم) إنما لم يجز التحالف لأن موجب رفع الإقالة دعوى السلم مع أنه دين والساقط لا يعود. سائحاني. **قوله:** (للعبد والمسلم إليه) أي: مع يمينهما. بحر. **قوله:** (ولا يعود السلم) لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لأنه إسقاط فلا يعود بخلاف البيع كما سيأتي، وينبغي

---

(1) **قال الرافعي: قوله:** (فلو قبله يتحالفان في موتهما إلخ) عبارة «الكفاية»: قوله: وإن هلك أحد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة يريد به إذا هلك أحدهما بعد القبض، وفي «الجامع الصغير» التمرتاشي فإن كانت السلعة غير مقبوضة تحالفا في موتهما وموت أحدهما، وفي الزيادة لوجود الإنكار من الجانبين اهـ. والقصد أنهما اختلفا في الثمن وقد هلك العبدان قبل القبض وادعى المشتري الزيادة في المبيع، وإلا كيف يتأتى تحالف مع هلاكه، قال الزيلعي: وإن هلك قبله تحالفا بالإجماع، لأن الكل يعود إلى ملكه، فلا يؤدي إلى تفريق الصفقة على البائع اهـ.

(2) **قال الرافعي: قوله:** (يعني يأخذ من ثمن الهالك إلخ) لم تظهر صحة هذه العناية انظر الزيلعي.

أي: المتعاقدان (في مقدار الثمن بعد الإقالة) ولا بينة (تحالفا) وعاد البيع (لو كان كل من المبيع والثمن مقبوضاً ولم يرده المشتري إلى بائعه) بحكم الإقالة (فإن رده إليه بحكم الإقالة لا) تحالف خلافاً لمحمد (وإن اختلفا) أي: الزوجان (في) قدر (المهر أو جنسه[1] (قضى لمن أقام البرهان، وإن برهنا فللمرأة إذا كان مهر المثل شاهداً للزوج) بأن كان كمقالته أو أقل (وإن كان شاهداً لها) بأن كان كمقالتها أو أكثر (فبينته أولى) لإثباتها خلاف الظاهر (وإن كان غير شاهد لكل منهما) بأن كان بينهما (فالتهاتر) للاستواء (ويجب مهر المثل) على الصحيح (وإن عجزا) عن البرهان (تحالفا ولم يفسخ النكاح) لتبعية المهر، بخلاف البيع (ويبدأ بيمينه)

أخذاً من تعليلهم أنهما لو اختلفا في جنسه أو نوعه أو صفته بعدها فالحكم كذلك ولم أره صريحاً. بحر. وفيه: وقد علم من تقريرهم هنا أن الإقالة تقبل الإقالة إلا في إقالة السلم وأن الإبراء لا يقبلها، وقد كتبناه في الفوائد. **قوله**: (لا تحالف) أي: والقول للمنكر. س. **قوله**: (أو جنسه) كقوله: هو هذا العبد وقولها: هو هذه الجارية، فحكم القدر والجنس سواء إلا في فصل واحد، وهو أنه إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر فلها قيمة الجارية لا عينها كما في الظهيرية والهداية. بحر. وفيه: ولم يذكر حكمه بعد الطلاق قبل الدخول، وحكمه كما في الظهيرية أن لها نصف ما ادعاه الزوج، وفي مسألة العبد والجارية لها المتعة إلا أن يتراضيا على أن تأخذ نصف الجارية اهـ. **قوله**: (البرهان) أما قبول بينة المرأة فظاهر لأنها تدعي الألفين ولا إشكال، وإنما يرد على قبول بينة الزوج لأنه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة، فكيف تقبل بينته؟ قلنا هو مدّع صورة لأنه يدعي على المرأة تسليم نفسها بأداء ما أقرّ به من المهر وهي تنكر والدعوى كافية لقبول البينة كما في دعوى المودع رد الوديعة. معراج. **قوله**: (لإثباتها) علة للمسألتين. **قال في الهامش**: اختلفت مع الورثة في مؤخر صداقها على الزوج ولا بينة فالقول قولها بيمينها إلى قدر مهر مثلها. حامدية عن البحر. **قوله**: (على الصحيح) قيد للتهاتر[2] **قال في البحر**: فالصحيح التهاتر، ويجب مهر المثل. **قوله**: (ولم يفسخ النكاح) لأن أثر التحالف في انعدام التسمية وأنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه، بخلاف البيع، لأن عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ. منح وبحر. **قوله**: (ويبدأ بيمينه) نقل الرملي عن مهر البحر عن غاية البيان أنه يقرع بينهما استحباباً، واختار في الظهيرية وكثيرون أنه يبدأ بيمينه، والخلاف في

(1) **قال الرافعي**: قول الشارح: (أو جنسه) انظر حكم الاختلاف في الوصف، وتقدمت هذه المسألة في المهر بتفاصيلها.

(2) **قال الرافعي**: قوله: (قيد للتهاتر) يصح إرجاعه لهما فإنه يلزم من جعل «البحر» أن الصحيح التهاتر أن الصحيح وجوب مهر المثل، ومقابله وجوب قبول بينة المرأة.

لأن أول التسليمتين عليه فيكون أول اليمينين عليه. ظهيرية (ويحكم) بالتشديد أي: يجعل (مهر مثلها) حكماً لسقوط اعتبار التسمية بالتحالف (فيقضي بقوله: لو كان كمقالته أو أقل، وبقولها: لو كمقالتها أو أكثر، وبه لو بينهما) أي: بين ما تدعيه ويدعيه (ولو اختلفا) أي: المؤجر والمستأجر (في) بدل (الإجارة)[1] أو في قدر المدة (قبل الاستيفاء) للمنفعة (تحالفا) وترادًا وبدىء بيمين المستأجر لو اختلفا في البدل والمؤجر لو في المدة، وإن برهنا فالبينة للمؤجر في البدل وللمستأجر في المدة (وبعده لا والقول للمستأجر) لأنه منكر للزيادة (ولو) اختلفا (بعد التمكن من استيفاء البعض) من المنفعة (تحالفا وفسخ العقد في الباقي والقول في الماضي للمستأجر) لانعقادها ساعة فساعة فكل جزء كعقد، بخلاف البيع (وإن اختلف الزوجان) ولو

الأولوية. قوله: (لأن أول التسليمين) تسليم المهر وتسليم الزوجة نفسها. قوله: (ويحكم) هذا أعني التحالف أولاً ثم التحكيم قول الكرخي: لأن مهر المثل لا اعتبار به مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف، فلهذا تقدم في الوجوه كلها وأما على تخريج الرازي فالتحكيم قبل التحالف، وقد قدمناه في المهر مع بيان اختلاف التصحيح وخلاف أبي يوسف. بحر. قوله: (قبل الاستيفاء) لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفق القياس والإجارة قبل الاستيفاء نظيره. بحر. والمراد بالاستيفاء التمكن منه في المدة وبعدمه عدمه لما عرف أنه قائم مقامه في وجوب الأجر. بحر. قوله: (تحالفا) وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وأيهما برهن قبل. قوله: (وبدىء بيمين المستأجر إلخ) فإن قيل: كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فإن تسليم المعقود عليه واجب[2] أجيب: بأن الأجرة إن كان مشروطه التعجيل، فهو كالأسبق إنكاراً فيبدأ به، وإن لم يشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة، لأن تسليمه لا يتوقف على قبض الأجرة[3]. أبو السعود عن العناية. قوله: (لو في المدة) وإن كان الاختلاف فيهما قبلت بينة كل منهما فيما يدعيه من الفضل، نحو: أن يدعي هذا شهراً بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة فيقضي بشهرين بعشرة. بحر. قوله: (وبعده) أي: بعد الاستيفاء. قوله: (وإن اختلف الزوجان) قيد به للاحتراز عن اختلاف نساء الزوج دونه، وعن اختلاف الأب مع بنته في جهازها أو مع ابنه فيما في

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (ولو اختلفا في الإجارة) أي: قدراً أو جنساً أو وصفاً كما نقله عبد الحليم.

(2) قال الرافعي: قوله: (فإن تسليم المعقود عليه واجب) أوّلاً على الآجر، ثم وجب على المستأجر نقد الأجرة. «عناية».

(3) قال الرافعي: قوله: (لأن تسليمه لا يتوقف على قبض الأجرة) فيبقى إنكار المستأجر فيحلف. «عناية».

مملوكين أو مكاتبين أو صغيرين والصغير يجامع أو ذمية مع مسلم قام النكاح أولاً في بيت لهما أو لأحدهما. خزانة الأكمل. لأن العبرة لليد لا للملك (في متاع) هو هنا ما كان في (البيت) ولو ذهباً أو فضة فا (القول لكل واحد منهما فيما صلح له مع يمينه) إلا إذا كان كل منهما يفعل أو يبيع ما يصلح للآخر فالقول له لتعارض الظاهرين. درر وغيرها (القول له في الصالح لهما) لأنها وما في يدها في يده والقول لذي اليد، بخلاف ما يختص بها لأن ظاهرها أظهر من ظاهره وهو يد الاستعمال

البيت، وعن اختلاف إسكاف وعطار في آلة الأساكفة أو العطارين وهي في أيديهما، واختلاف المؤجر والمستأجر في متاع البيت، واختلاف الزوجين فيما في أيديهما من غير متاع البيت وبيان الجميع في البحر فراجعه، وسيأتي بعضه. قوله: (قام النكاح أولاً) بأن طلقها مثلاً، ويستثنى ما إذا مات بعد عدتها كما سيأتي. قال الرملي في حاشية البحر في لسان الحكام ما يخالف ذلك فارجع إليه، ولكن الذي هنا هو الذي مشى عليه الشراح. قوله: (صلح له) الضمير راجع لكل. وفي القنية من باب ما يتعلق بتجهيز البنات: افترقا وفي بيتها جارية نقلتها مع نفسها واستخدمتها سنة والزوج عالم به ساكت ثم ادعاها فالقول له، لأن يده كانت ثابتة ولم يوجد المزيل اهـ.

وبه علم أن سكوت الزوج عند نقلها ما يصلح لهما لا يبطل دعواه في البدائع هذا كله إذا لم تقر المرأة أن هذا المتاع اشتراه، فإن أقرت بذلك سقط قولها لأنه أقرت بالملك لزوجها، ثم ادعت الانتقال إليها فلا يثبت الانتقال إلا بالبينة اهـ. وكذا إذا ادعت أنها اشترته منه كما في الخانية، ولا يخفى أنه لو برهن على شرائه كان كإقرارها بشرائه، فلا بد من بينة على الانتقال إليها منه بهبة ونحو ذلك، ولا يكون استمتاعها بمشريه ورضاه بذلك دليلاً على أنه ملكها ذلك كما تفهمه النساء والعوام، وقد أفتيت بذلك مراراً. بحر. وذكر في الهامش القول للمرأة مع يمينها فيما تدعيه أنه ملكها مما هو صالح للنساء، ومما هو صالح للرجال والنساء، وكذا القول قولها مع يمينها أيضاً فيما تدعيه أنه وديعة تحت يدها مما هو صالح للنساء ومما هو صالح للنساء والرجال، والله أعلم. كذا في الحامدية عن الشلبي. قوله: (الظاهرين) أي: فرجعنا إلى اعتبار اليد وإلا فالتعارض يقتضي التساقط. قوله: (درر) عبارة الدرر: إلا إذا كان كل منهما يفعل أو يبيع ما يصلح للآخر اهـ: أي: إلا أن يكون الرجل صائغاً، وله أساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال ونحوها فلا يكون لها، وكذا إذا كانت المرأة دلالة تبيع ثياب الرجال، أو تاجرة تتجر في ثياب الرجل أو النساء أو ثياب الرجال وحدها كذا في شروح الهداية اهـ. قال في الشرنبلالية: قوله: «إلا إذا كان كل منهما يفعل أو يبيع ما يصلح للآخر» ليس على ظاهره في عمومه. ففي قول أحدهما: يفعل أو يبيع الآخر ما يصلح له، لأن المرأة إذا كانت تبيع ثياب الرجال أو ما يصلح لهما كالآنية والذهب والفضة والأمتعة والعقار فهو للرجل، لأن المرأة وما في يدها للزوج، والقول في الدعاوى لصاحب اليد، بخلاف ما يختص بها لأنه عارض يد الزوج أقوى منها، وهو الاختصاص

(ولو أقاما بينة يقضي ببينتها) لأنها خارجة. خانية. والبيت للزوج إلا أن يكون لها بينة. بحر. وهذا لو حيين (وإن مات أحدهما واختلف وارثه مع الحي في المشكل) الصالح لهما (فالقول) فيه (للحي) ولو رقيقاً. وقال الشافعي ومالك: الكل بينهما. وقال ابن أبي ليلى: الكل له، وقال الحسن البصري: الكل لها وهي المسبعة. وعدّ

بالاستعمال كما في العناية، ويعلم مما سيذكره المصنف رحمه الله اهـ. وحينئذ فقول الدرر: وكذا إذا كانت المرأة دلالة إلخ، معناه أن القول فيه للزوج أيضاً، إلا أنه خرج منه ما لو كانت تبيع[1] ثياب النساء بقوله قبله: فالقول لكل منهما فيما يصلح له، ويمكن حمل كلام الشارح على هذا المعنى أيضاً بجعل الضمير في قوله، فالقول له راجعاً إلى الزوج، ثم قوله: «التعارض الظاهرين» لا يصلح علة سواء حمل الكلام على ظاهره أو على هذا المعنى. أما الأول: فلأنه إذا كان الزوج يبيع يشهد له ظاهران اليد والبيع لا ظاهر واحد، فلا تعارض إلا إذا كانت هي تبيع ذلك، فلا يرجح ملكها لما ذكره الشرنبلالي إلا إذا كان مما يصلح لها، على أن التعارض لا يقتضي الترجيح، بل التهاتر. وأما الثاني: فلأنه إذا كان الزوج يبيع فلا تعارض كما مر، وأما إذا كانت تبيع هي فكذلك لما مر أيضاً، فتنبه.

أقول: وما ذكره في الشرنبلالية عن العناية صرح به في النهاية، لكن في الكفاية ما يقتضي أن القول للمرأة حيث قال: إلا إذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال، وما يصلح للنساء كالخمار والدرع والملحفة والحلي، فهو للمرأة: أي: القول قولها فيها لشهادة الظاهر اهـ. ومثله في الزيلعي. قال: وكذا إذا كانت المرأة تبيع ما يصلح للرجال لا يكون القول قوله في ذلك اهـ. فالظاهر أن في المسألة قولين فليحرر. قوله: (والبيت للزوج) أي: لو اختلفا في البيت فهو له. قوله: (لها بينة) أي: فيكون البيت لها وكذا لو برهنت على كل ما يصلح لها. قوله: (ولو حيين) بالتثنية. قوله: (في المشكل) انظر ما حكم غيره، والظاهر: أن حكمه ما مر، ثم رأيته في ط عن الحموي. قوله: (فالقول فيه للحي) مع يمينه. در منتقى. إذ لا يد للميت، وذكر في البحر عن الخزانة استثناء ما إذا كانت المرأة ليلة الزفاف في بيته، فالمشكل وما يجهز مثلها به لا يستحسن جعله للزوج إلا إذا عرف بتجارة جنس منه فهو له، وألحق صاحب البحر ما إذا اختلفا في الحياة ليلة الزفاف. قال: وينبغي اعتماده للفتوى إلا أن يوجد نص بخلافه. قوله: (ولو رقيقاً) يستغني عنه بما يأتي في المتن ح. قوله: (ولو أحدهما مملوكاً إلى قوله: وللحي في الموت) كذا في عامة شروح الجامع، وذكر الرضى أنه سهو.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (إلا أنه خرج منه ما لو كانت تبيع إلخ) القصد أنه وإن كان قول «الدرر»: وكذا إن كانت دلالة إلخ شاملاً لما إذا كانت تبيع ثياب النساء، إلا أنه يخرج منه ما إذا كانت تبيع ثياب النساء، فإنها هي المصدقة لا هو، وخروجه بقوله: فالقول لكل إلخ.

في الخانية تسعة أقوال (ولو أحدهما مملوكاً) ولو مأذوناً أو مكاتباً، وقالا والشافعي: هما كالحر (فالقول للحرّ في الحياة وللحي في الموت) لأن يد الحرّ أقوى ولا يد للميت (أعتقت الأمة) أو المكاتبة أو المدبرة (واختارت نفسها فما في البيت قبل العتق فهو للرجل. وما بعده قبل أن تختار نفسها فهو على ما وصفناه في الطلاق) بحر، وفيه: طلقها ومضت العدة فالمشكل للزوج ولورثته بعده لأنها صارت أجنبية ولا يد لها، ولما ذكرنا أن المشكل للزّوج في الطلاق فكذا لوارثه. أما لو مات وهي في العدة فالمشكل لها فكأنه لم يطلقها بدليل إرثها. ولو اختلف المؤجر والمستأجر في متاع البيت فالقول للمستأجر بيمينه، وليس للمؤجر إلا ما عليه من ثياب بدنه، ولو اختلف إسكافي وعطار في آلات الأساكفة وآلات العطارين وهي في أيديهما، فهي بينهما بلا نظر لما يصلح لكل منهما. وتمامه في السراج.

والصواب أنه للحرّ مطلقاً. وذكر فخر الإسلام أن القول له هنا في الكل لا في خصوص المشكل كما في القهستاني. سائحاني قوله: (تسعة أقوال) الأول: ما في الكتاب وهو قول الإمام، الثاني: قول أبي يوسف: للمرأة جهاز مثلها والباقي للرجل: يعني في المشكل في الحياة والموت. الثالث: قول ابن أبي ليلى: المتاع كله له ولها ما عليها فقط. الرابع: قول ابن معن وشريك: هو بينهما. الخامس: قول الحسن البصري كله لها وله ما عليه. السادس: قول شريح البيت للمرأة. السابع: قول محمد في المشكل للزوج في الطلاق والموت ووافق الإمام فيما لا يشكل. الثامن: قول زفر المشكل بينهما. التاسع: قول مالك: الكل بينهما هكذا حكى الأقوال في خزانة الأكمل ولا يخفى أن التاسع هو الرابع. بحر. كذا في الهامش. قوله: (لأن يد الحر إلخ) لف ونشر مرتب. قوله: (للميت) بحث فيه صاحب اليعقوبية. قوله: (فهو على ما وصفناه في الطلاق) يعني المشكل للزوج ولها ما صلح لها لأنها وقته حرة كما هو معلوم من السياق واللحاق، ويؤيده قول السراج: ولو كان الزوج حراً والمرأة مكاتبة أو أمة أو مدبرة أو أم ولد وقد أعتقت قبل ذلك ثم اختلفا في متاع البيت فما أحدثاه قبل العتق فهو للرجل، وما أحدثاه بعده فهما فيه كالحرين. سائحاني. قوله: (في الطلاق) أي: في مسألة اختلاف الزوجين التي قبل قوله: وإن مات أحدهما فإنها تشمل حال قيام النكاح وبعده كما ذكره الشارح اهـ. قوله: (ثم اعلم أن هذا) أي: جميع ما مر إذا لم يقع التنازع بينهما في الرق والحرية والنكاح وعدمه فإن وقع إلى آخر ما في البحر، فراجعه. قوله: (لأنها صارت إلخ) يفيد أنهما لو ماتا فكذلك. قوله: (بلا نظر) فهذا الفرع خالف ما قبله والمسائل الآتية بعده.

(رجل معروف بالفقر والحاجة صار بيده غلام وعلى عنقه بدرة وذلك بداره فادعاه رجل عرف باليسار وادعاه صاحب الدار فهو المعروف باليسار. وكذا كناس في منزل رجل على عنقه قطيفة يقول) الذي على عنقه (هي لي وادعاها صاحب المنزل فهي لصاحب المنزل. رجلان في سفينة بها دقيق فادعى كل واحد السفينة وما فيها وأحدهما يعرف ببيع الدقيق والآخر يعرف بأنه ملاح، فالدقيق للذي يعرف ببيعه والسفينة لمن يعرف بأنه ملاح) عملاً بالظاهر، ولو فيها راكب وآخر ممسك وآخر يجذب وآخر يمدها وكلهم يدعونها فهي بين الثلاثة أثلاثاً ولا شيء للمادّ. رجل يقود قطار إبل وآخر راكب إن على الكل متاع الراكب فكلها له والقائد أجيره، وإن لا شيء عليها فللراكب ما هو راكبه والباقي للقائد، بخلاف البقر والغنم. وتمامه في خزانة الأكمل.

فرع: رجل تصرف زماناً في أرض ورجل آخر رأى الأرض والتصرف ولم يدّع ومات على ذلك لم تسمع بعد ذلك دعوى ولده فتترك على يد المتصرف لأن الحال شاهد اهـ حامدية عن الولوالجية. قوله: (بدرة) البدرة عشرون ألف دينار. بحر كذا في الهامش. قوله: (قطيفة) دثار مخمل والجمع قطائف وقطف مثل صحائف وصحف لأنهما جمع قطيفة وصحيفة، ومنه القطائف التي تؤكل. صحاح الجوهري. كذا في الهامش. قوله: (وآخر ممسك) الظاهر: أنه ماسك الدفة التي هي للسفينة بمنزلة اللجام للدابة. قوله: (بخلاف البقر والغنم) قال في المنح: أما لو كان بقراً أو غنماً عليها رجلان أحدهما قائد والآخر سائق، فهي للسائق إلا أن يقود شاة معه فتكون له تلك الشاة وحدها. كذا في الهامش.

فرع: رجل دفع إلى قصار أربع قطع كرباس ليغسلها فلما فرغ قال له القصار: ابعث إليّ رسولك لأنفذ لك فجاء الرسول بثلاث قطع فقال القصار: بعثت إليك أربع قطع وقال الرسول: دفع إليّ ولم يعدّه عليّ يقال لرب الثوب صدِّق أيهما شئت، فإن صدق الرسول بريء من الدعوى وتوجه اليمين على القصار إن حلف بريء وإن نكل وجب عليه الضمان، وكذلك إن صدق القصار بريء ووجب اليمين على الرسول ووجب عليه أجر القصار إذا حلف القصار على ذلك أو صدقه صاحب الثوب، لأنه لما حلف القصار ففي زعمه أنه أعطاه أربع قطع فيأخذ ذلك. ولوالجية في الفصل الثاني.

فَصْلٌ فِي دَفْعِ الدَّعَاوَى

لما قدم من يكون خصماً ذكر من لا يكون (قال ذو اليد: هذا الشيء) المدعى به منقولاً كان أو عقاراً (أودعنيه[1] أو أعارنيه أو آجرنيه أو رهننيه زيد الغائب أو غصبته منه) من الغائب (وبرهن عليه) على ما ذكر ....

فَصْلٌ فِي دَفْعِ الدَّعَاوَى

قوله: (أودعنيه) ظاهر قوله: «أودعنيه» وما بعده يفيد أنه لا بد من دعوى إيداع الكل، وليس كذلك لما في الاختيار أنه لو قال: النصف لي والنصف وديعة عندي لفلان وأقام بينة على ذلك اندفعت في الكل لتعذر التمييز اهـ. بحر[2]. وفيه أيضاً: وأفاد المؤلف أنه لو أجاب بأنها ليست لي أو هي لفلان ولم يزد لا يكون دفعاً، وقيد بكونه اقتصر على الدفع بما ذكر للاحتراز عما إذا زاد وقال كانت داري بعتها من فلان وقبضها ثم أودعنيها أو ذكر هبة وقبضا لم تندفع إلا أن يقرّ المدعي بذلك أو يعلمه القاضي. قوله: (أو رهننيه زيد) أتى بالاسم العلم، لأنه لو قال: أودعنيه رجل لا أعرفه لم تندفع، فلا بد من تعيين الغائب في الدفع؛ وكذا في الشهادات كما سيذكره الشارح، فلو ادعاه من مجهول وشهدا بمعين أو عكسه لم تندفع. بحر. وفيه عن خزانة الأكمل والخانية: لو أقر المدعي أن رجلاً دفعه إليه أو شهدوا على إقراره بذلك فلا خصومة بينهما وفيه: وأطلق في الغائب فشمل ما إذا كان بعيداً معروفاً يتعذر الوصول إليه أو قريباً، كما في الخلاصة والبزازية. قوله: (على ما ذكر) لكن لا تشترط المطابقة[3]

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (أودعنيه) في فتاوى شيخ الإسلام فيض الله أفندي من كتاب الغصب: قال محمد في آخر بيوع الجامع غاصب الغاصب ومودع الغاصب يتصب خصماً للمالك، حتى إن من ادعى عبداً في يدي رجل أنه ملكه غصبه منه فلان وغصب هذا الرجل من فلان، وأقام على ذلك بينة تسمع بينته. «مجمع الفتاوى» في الدعوى، وكذا في الخامس عشر من دعوى «البزازية» اهـ، والذي رأيته فيها: وإن ادعى عليه إلخ.

(2) قال الرافعي: قوله: (لتعذر التمييز اهـ. «بحر») وفي «الخانية»: أقام المدعى عليه البينة أن نصفها وديعة عنده لفلان بطلت دعوى المدعي في النصف، وهل تبطل في الكل؟ قال بعضهم: تبطل، قال رحمه الله: وفيه نظر أشار في الجامع إلى أنه لا تبطل اهـ، من باب ما يبطل دعوى المدعي، وفي الفصل العاشر من «الفصولين»: أودعه نصف دار لم يقسم، ثم باع منه النصف الآخر فبرهن رجل أن نصفه له، فبرهن ذو اليد على الشراء والوديعة تندفع الخصومة حتى يحضر بائعه، إذ المدعي لو استحق نصفه يظهر أن البائع كان شريكاً للمدعي، فانصرف بيعه لنصفه والمشتري ليس بخصم في نصفه الآخر، لأنه مودع فيه اهـ، وفي «البزازية»: ادعى عليه داراً أو ضيعة، فبرهن على أن نصفها وديعة الغائب عنده قيل: تندفع الدعوى في الكل، وقيل: في النصف لا غير إليه أشار في «الجامع» اهـ. من الباب الأول من الدعوى.

(3) قال الرافعي: قوله: (لكن لا تشترط المطابقة إلخ) ويشترط تقدم البينة على القضاء لما في الثاني عشر

والعين قائمة لا هالكة وقال الشهود: نعرفه باسمه ونسبه أو بوجهه. وشرط محمد معرفته بوجهه أيضاً. فلو حلف لا يعرف فلاناً وهو لا يعرفه إلا بوجهه لا يحنث. ذكره الزيلعي. وفي الشرنبلالية عن خط العلامة المقدسي عن البزازية أن تعويل الأئمة على قول محمد اهـ فليحفظ (دفعت خصومة المدعي) ....

لعين ما ادعاه، لما في خزانة الأكمل: لو شهدوا أن فلاناً دفعه إليه ولا ندري لمن هو فلا خصومة بينهما، وأراد بالبرهان وجود حجة سواء كانت بينة أو علم القاضي أو إقرار المدعي كما في الخلاصة. ولو لم يبرهن المدعى عليه وطلب يمين المدعي استحلفه القاضي: فإن حلف على العلم كان خصماً، وإن نكل فلا خصومة كما في خزانة الأكمل. بحر. **قوله: (والعين قائمة)** أخذ التقييد من الإشارة بقوله: «هذا الشيء» لأن الإشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود في الخارج كما فاده في البحر، وسيأتي محترزه. **قال في الهامش**: عبد هلك في يد رجل وأقام رجل البينة أنه عبده وأقام الذي مات في يده أنه أودعه فلان أو غصبه أو آجره لم يقبل، وهو خصم فإنه يدعي القيمة عليه وإيداع الدين لا يمكن، ثم إذا حضر الغائب وصدّقه في الإيداع والإجارة والرهن رجع عليه بما ضمن للمدعي. أما لو كان غاصباً لم يرجع. وكذا في العارية والإباق مثل الهلاك ها هنا، فإن عاد العبد يوماً يكون عبداً لما استقر عليه الضمان اهـ بحر. **قوله: (نعرفه)** أي: الغائب. **قوله: (أو بوجهه)** فمعرفتهم وجهه فقط كافية عند الإمام. بزازية. **قوله: (وشرط محمد)** محل الاختلاف فيما إذا ادعاه الخصم من معين بالاسم والنسب، فشهدا له بمجهول لكن قالا نعرفه بوجهه، وأما لو ادعاه من مجهول لم تقبل الشهادة إجماعاً كذا في شرح أدب القضاء للخصاف. **قوله: (فلو حلف)** لا يخفى أن التفريع غير ظاهر، فكان الأولى أن يقول: ولم يكتف محمد بمعرفة الوجه فقط يدل عليه قول الزيلعي: والمعرفة بوجهه فقط لا تكون معرفة: ألا ترى إلى قوله عليه السلام لرجل: «أَتَعْرِفُ فُلَانَاً؟ فَقَالَ: نَعَمْ، فَقَالَ: هَلْ تَعْرِفُ ٱسْمَهُ وَنَسَبَهُ؟ فَقَالَ: لَا، فَقَالَ: إِذَنْ لَا تَعْرِفُهُ» وكذا لو حلف إلخ. **قوله: (عن البزازية)** ونقله عنها في البحر. **قوله: (دفعت خصومة المدعي)** أي: حكم القاضي بدفعها، وأفاد أنه لو أعاد المدعي الدعوى عند قاض آخر لا يحتاج المدعى عليه إلى إعادة الدفع بل يثبت حكم القاضي الأول كما صرحوا به. وظاهر **قوله**: «دفعت» أنه لا يحلف للمدعي أنه لا يلزمه تسليمه إليه ولم أره الآن. بحر. وفيه نظر، فإنه بعد البرهان كيف يحلف؛

= من «الأستروشنية»، ولو لم يكن لذي اليد بينة على الإيداع حتى قضى القاضي بالعين للمدعي، ثم إن المدعى عليه وجد بينة على الإيداع وأقامها لا تقبل بينته، والحاصل أن البينة من المدعى عليه على الإيداع مقبولة قبل القضاء غير مقبولة بعد القضاء اهـ.

للملك المطلق، لأن يد هؤلاء ليست يد خصومة، وقال أبو يوسف: إن عرف ذو اليد بالحيل لا تندفع، وبه يؤخذ. ملتقى. واختاره في المختار. وهذه مخمسة كتاب الدعوى، لأن فيها أقوال خمسة علماء كما بسطه في الدرر، أو لأن صورها خمس. عيني وغيره.

قلت: وفيه نظر، إذ الحكم كذلك لو قال: وكلني صاحبه بحفظه أو أسكنني

أما قبله فقد نقل عن البزازية أنه يحلف على البتات[1] لقد أودعها إليه لا على العلم، ثم نقل عن الذخيرة أنه لا يحلف لأنه مدّع الإيداع ولو حلف لا تندفع، بل يحلف المدعي على عدم العلم. **قوله**: (للملك المطلق) ومنه دعوى الوقف ودعوى غلته كما حرره في البحر أول الفصل الآتي. **قال في البحر**: ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعالى صورة دعوى المدعي، وأراد بها أن المدعي ادعى ملكاً مطلقاً في العين ولم يدع على ذي اليد فعلاً بدليل ما يأتي من المسائل المقابلة لهذه.

وحاصل جواب المدعى عليه: أنه ادعى أن يده يد أمانة أو مضمونة والملك للغير، ولم يذكر برهان المدعي ولا بد منه[2] لما عرف أن الخارج هو المطالب بالبرهان ولا يحتاج المدعى عليه إلى الدفع قبله. وحاصله: أن المدعي لما ادعى الملك المطلق فيما في يد المدعى عليه أنكره فطلب من المدعي البرهان فأقامه ولم يقض القاضي به حتى دفعه المدعى عليه بما ذكر وبرهن على الدفع اهـ. **قوله**: (بالحيل) بأن يأخذ مال إنسان غصباً ثم يدفعه سراً إلى مريد سفر ويودعه بشهادة الشهود، حتى إذا جاء المالك وأراد أن يثبت ملكه فيه أقام ذو اليد بينة على أن فلاناً أودعه فيبطل حقه. كذا في الدرر. ح. **قوله**: (في المختار) وفي المعراج: رجع إليه أبو يوسف حين ابتلي بالقضاء وعرف أحوال الناس **فقال**: المحتال من الناس يأخذ من إنسان غصباً ثم يدفعه سراً إلى من يريد السفر حتى يودعه بشهادة الشهود، حتى إذا جاء المالك وأراد أن يثبت ملكه يقيم ذو اليد بينة على أن فلاناً أودعه فيبطل حقه وتندفع عنه الخصومة. كذا في المبسوط. **قوله**: (كما بسط في الدرر) ذكر هنا أقوال أئمتنا الثلاثة. **الرابع قول ابن شبرمة**: أنها لا تندفع عنه مطلقاً. والخامس: قول ابن أبي ليلى: تندفع بدون بينة لإقراره بالملك للغائب س. **قوله**: (وفيه نظر) فيه نظر، لأن وكلني يرجع إلى أودعنيه، وأسكنني إلى أعارنيه، وسرقته منه إلى غصبته منه، وضلّ منه فوجدته إلى أودعنيه وهي في يدي مزارعة إلى الإجارة أو الوديعة فلا يزاد على الخمس. كذا في الهامش.

---

(1) **قال الرافعي**: **قوله**: (فقد نقل عن «البزازية» أنه يحلف على البتات إلخ) أي: المدعى عليه ولا يظهر وجه لتحليفه الأعلى قول ابن أبي ليلى القائل بأن الدعوى تندفع بدون بينة.

(2) **قال الرافعي**: **قوله**: (ولم يذكر برهان المدعي ولا بد منه إلخ) لا يتوقف الأمر على إقامة برهان من المدعي.

فيها زيد الغائب أو سرقته منه أو انتزعته منه أو ضلّ منه فوجدته. بحر. أو هي في يدي مزارعة. بزازية. فالصور إحدى عشر.

قلت: لكن ألحق في البزازية المزارعة بالإجارة أو الوديعة قال: فلا يزاد على الخمس، وقد حررته في شرح الملتقى **(وإن)** كان هالكاً أو قال الشهود: أودعه من لا نعرفه أو أقرّ ذو اليد بيد الخصومة كأن **(قال)** ذو اليد: **(اشتريته)** أو اتهبته **(من الغائب أو)** لم يدّع الملك المطلق بل ادعي عليه الفعل بأن **(قال المدعي: غصبته)**

قوله: **(بحر)** ذكر في البحر بعد هذا ما نصه: والأولان راجعان إلى الأمانة والثلاثة الأخيرة وإلى الضمان إن لم يشهد في الأخيرة إلا فإلى الأمانة، فالصور عشر، وبه علم أن الصور لم تنحصر في الخمس اهـ ولا يخفى أنه بعد رجوع ما زاده[1] إلى ما ذكر لا محل للاعتراض بعد الانحصار. تأمل. **قوله**: **(أو هي في يدي)** مقتضى كلامه أن هذه العبارة ليست في البحر مع أنها والتي بعدها فيه ح. **قوله**: **(ألحق)** بصيغة الماضي. **قوله**: **(قال)** أي: في البزازية. **قوله**: **(فلا يزاد)** أي: لا تزاد مسألة المزارعة التي زادها البزازي وقد علمت مما في البحر أنه لا يزاد البقية أيضاً. **قوله**: **(وقد حررته إلخ)** حيث عمم قوله: غصبته منه بقوله: ولو حكماً فأدخل فيه قوله: أو سرقته منه أو انتزعته منه، وكذا عمم قوله: أودعنيه بقوله: ولو حكماً، فأدخل فيه الأربعة الباقية، ولا يخفى أنه محرر أحسن مما هنا، فإنه هنا أرسل الاعتراض ولم يجب عنه إلا في مسألة المزارعة فأوهم خروج ما عداها عما ذكروه مع أنه داخل فيه كما علمت، فافهم. **قوله**: **(أو أقر ذو اليد)** ولو برهن بعده على الوديعة لم تسمع. بزازية. **قوله**: **(قال ذو اليد)** حاصل هذه أن المدعي ادعى في العين ملكاً مطلقاً فأنكره المدعى عليه فبرهن المدعي على الملك فدفعه ذو اليد بأنه اشتراها من فلان الغائب وبرهن عليه لم تندفع عنه الخصومة: يعني فيقضي القاضي ببرهان المدعي، لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصماً. بحر. وفيه عن الزيلعي: وإذا لم تندفع هذه المسألة[2] وأقام الخارج البينة فقضي له ثم أحال المقرّ له الغائب وبرهن تقبل بينته، لأن الغائب لم يصر مقضيًا عليه وإنما قضى على ذي اليد خاصة. **قوله**: **(اشتريته)** ولو فاسداً مع القبض. بحر. **قوله**: **(أو اتهبته)** أشار به إلى أن المراد من الشراء الملك مطلقاً. **قوله**: **(بل ادعى عليه)** أي: على ذي اليد الفعل، وقيد به للاحتراز

---

(1) **قال الرافعي**: **قوله**: **(ولا يخفى أنه بعد رجوع ما زاده إلخ)** لا يخفى أن اعتراض «البحر» إنما هو على حصر المسائل في خمس صور، ولا شك أنها أكثر والجواب بأنها راجعة إلى الأمانة أو الضمان غير دافع للاعتراض، فإنه لو نظر له لما كان هناك داع لعدها خمساً في كلام المصنف، بل كان يلزم الاكتفاء بمسألة واحدة فيها ضمان ومسألة واحدة فيها أمانة تأمل.

(2) **قال الرافعي**: **قوله**: **(وإذا لم تندفع هذه المسألة إلخ)** كذلك حكم ما بعدها، فإن الغائب لا يكون محكوماً عليه، ثم ما ذكره الزيلعي إنما هو فيما إذا أنكر البائع البيع، وإلا فالحكم بالبينة حكم على البائع أيضاً.

مني «(أو) قال: (سرق مني) وبناه للمفعول للستر عليه فكأنه قال: سرقته مني، بخلاف غصب مني أو غصبه مني فلان الغائب كما سيجيء حيث تندفع، وهل تندفع بالمصدر الصحيح؟ لا. بزازية (وقال ذو اليد) في الدفع: (أودعنيه فلان وبرهن عليه) لا تندفع في الكل لما قلنا (قال في غير مجلس الحكم: إنه ملكي ثم قال في مجلسه: إنه وديعة عندي) أو رهن (من فلان تندفع مع البرهان على ما ذكر، ولو برهن المدعي على مقالته الأولى يجعله خصماً ويحكم عليه) لسبق إقرار يمنع الدفع. بزازية (وإن

عن دعواه على غيره فدفعه ذو اليد بواحد مما ذكر وبرهن فإنها تندفع كدعوى الملك المطلق كما في البزازية. بحر. وأشار الشارح إلى هذا أيضاً بقوله، بخلاف قوله: غصب مني إلخ، لكن قوله: وبرهن ينافيه ما سننقله عن نور العين عند قول المتن: «اندفعت» من أنه لا يحتاج إلى البينة، وكذا مسألة الشراء التي ذكرها المصنف وهي مسألة المتون. قوله: (أو قال: سرق مني) ذكر الغصب تمثيل والمراد دعوى فعل عليه، فلو قال المدعي: أودعتك إياه أو اشتريته منك وبرهن ذو اليد كما ذكرنا على وجه لا يفيد ملك الرقبة له لا يندفع. كذا في البزازية. بحر. فكان الأولى أن يقول: كأن قال. قوله: (وبناه) ويعلم حكم ما إذا بناه للفاعل بالأولى. بحر. قوله: (الصحيح لا) أقول: هذا المذكور في الغصب، فما الحكم في السرقة؟ ويجب أن لا تندفع بالأولى كما في بنائه للمفعول وهو ظاهر. تأمل. رملي على المنح. قوله: (بزازية) قال: ادعى أنه ملكه وفي يده غصب فبرهن ذو اليد على الإيداع قيل تندفع لعدم دعوى الفعل عليه، والصحيح أنها لا تندفع. بحر س. قوله: (وبرهن عليه) أراد بالبرهان إقامة البينة، فخرج الإقرار لما في البزازية معزياً إلى الذخيرة من صار خصماً لدعوى الفعل عليه إن برهن على إقرار المدعي بإيداع الغائب منه تندفع كإقامته على الإيداع[1] لثبوت إقرار المدعي أن يده ليست يد خصومة اهـ. بحر. قوله: (لما قلنا) من أن المدعي ادعى الفعل عليه، أما في مسألتي المتن فأشار إلى علة الأولى بقوله: «أو أقر ذو اليد بيد الخصومة» وإلى علة الثانية بقوله: «ادعى عليه الفعل» أي: فإنه صار خصماً بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق، لأنه خصم فيه باعتبار يده كما في البحر. وأما علة ما إذا كان هالكاً فلم يشر إليها. وهي أنه يدعي الدين ومحله الذمة، فالمدعى عليه ينتصب خصماً بذمته، وبالبينة أنه كان في يده وديعة لا يتبين أن ما في ذمته لغيره فلا تندفع كما في المعراج. وكذا علة ما إذا قال الشهود: أودعه من لا نعرفه وهي أنهم ما أحالوا المدعي على رجل تمكن مخاصمته. كذا قيل. قوله: (في مجلسه) أي: مجلس الحكم. قوله: (لسبق إقرار) بإضافة سبق إلى إقرار والدفع مفعول يمنع.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (تندفع كإقامته على الإيداع) عبارة السندي عن البزازي: وإن لم تندفع بإقامة البينة على الإيداع إلخ.

قال المدعي: اشتريته من فلان) الغائب (وقال ذوي اليد: أودعنيه فلان ذلك) أي: بنفسه فلو بوكيله لم تندفع بلا بينة (دفعت الخصومة وإن لم يبرهن) لتوافقهما أن أصل الملك للغائب إلا إذا قال: اشتريته ووكلني بقبضه وبرهن، ولو صدقه في الشراء لم يؤمر بالتسليم لئلا يكون قضاء على الغائب بإقراره وهي عجيبة، ثم اقتصار الدرر وغيرها على دعوى الشراء قيد اتفاقي، فلذا قال: (ولو ادعى أنه له غصبه منه فلان الغائب وبرهن عليه وزعم ذو اليد أن هذا الغائب أودعه عنده اندفعت) لتوافقهما أن اليد لذلك الرجل (ولو كان مكان دعوى الغصب دعوى سرقة لا) تندفع بزعم ذي اليد

قوله: (ذلك) أي: المذكور في كلام المدعي ح. قوله: (أي بنفسه) تقييد لقوله: أودعنيه لا تفسير لقوله: ذلك ح. وقال في الهامش بنفسه: أي: بنفس فلان الغائب. قوله: (بلا بينة) لأن الوكالة لا تثبت بقوله. معراج، ولأنه لم يثبت تلقي اليد ممن اشترى هو منه لإنكار ذي اليد ولا من جهة وكيله لإنكار المشتري. بحر. قوله: (وإن لم يبرهن) وفي البناية ولو طلب المدعي يمينه على الإيداع يحلف على البتات اهـ بحر. قوله: (إلا إذا قال) أي: المدعي. قوله: (اشتريته) أي: من الغائب. كذا في الهامش. قوله: (وهي عجيبة) لم يظهر وجه العجب. قوله: (ولو ادعى إلخ) المسألة تقدمت متناً قبيل باب عزل الوكيل معللة بأنه إقرار على الغير.

قلت: وكذا لو ادعى أنه أعاره لفلان كما يظهر من العلة. قال في الهامش: الخصم في إثبات النسب خمسة: الوارث والوصي والموصى له والغريم للميت أو على الميت. بزازية. وكذلك في الإرث جامع الفصولين اهـ. قوله: (اندفعت) أي: بلا بينة. نور العين. قوله: (دعوى سرقة لا) وهذا بخلاف قوله[1]: إنه ثوبي سرقه مني زيد. وقال ذو اليد: أودعنيه زيد ذلك لا تندفع الخصومة استحساناً. يقول الحقير: لعل وجه الاستحسان هو أن الغصب إزالة اليد[2] المحقة بإثبات اليد المبطلة كما ذكر في كتب الفقه، فاليد للغاصب في مسألة الغصب، بخلاف مسألة السرقة إذ اليد فيها لذي اليد إذ لا يد للسارق شرعاً، ثم إن عبارة لا يد للسارق نكتة لا يخفى حسنها على ذوي النهي. نور العين. وهذا أولى، وما قاله السائحاني: يجب حمله على ما إذا قال: سرق مني أما لو قال: سرقه الغائب مني فإنها تندفع لتوافقهما أن اليد للغائب وصار من قبيل دعوى الفعل على غير ذي اليد، وهي تندفع كما في البحر لكن ذكر بعده هذه المسألة، وأفاد أنها بنيت للفاعل وصرح بذلك في الفصولين، فلعل في المسألة قولين قياساً واستحساناً اهـ. قوله: (لا تندفع) قال صاحب البحر: وقد سئلت بعد تأليف هذا المحل بيوم: عن رجل أخذ متاع أخته من

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وهذا بخلاف قوله إلخ) حقه التعبير بأي التفسيرية.

(2) قال الرافعي: قوله: (لعل وجه الاستحسان هو أن الغصب إزالة اليد إلخ) وجعل السندي وجهه دفع فساد السراق، إذ الضرورة فيه أعظم من غيرها لأنها تكون خفية، ولذا شرع فيها الحد، وإلا فقد توافقا أن اليد لذلك الرجل اهـ. وهذا أظهر مما في المحشي.

إيداع ذلك الغائب استحساناً. بزازية. وفي شرح الوهبانية للشرنبلالي: لو اتفقا على الملك لزيد وكل يدّعي الإجارة منه لم يكن الثاني خصماً للأول على الصحيح ولا لمدعي رهن أو شراء، أما المشتري فخصم للكل.

فروع: قال المدعى عليه: لي دفع يمهل إلى المجلس الثاني. صغرى.

للمدعي تحليف مدّعي الإيداع على البتات. درر. وله تحليف المدعي على العلم. وتمامه في البزازية. وكل بنقل أمته فبرهنت أنه أعتقها قبل للدفع لا للعتق ما لم يحضر المولى. ابن ملك.

بيتها ورهنه وغاب فادعت الأخت به على ذي اليد فأجاب بالرهن. فأجبت: إن ادعت المرأة غصب أخيها وبرهن ذو اليد على الرهن اندفعت وإن ادعت السرقة لا اهـ: أي: لا تندفع وظاهره أنها ادعت سرقة أخيها[1] مع أنا قدمنا عنه أن تقييد دعوى الفعل على ذي اليد للاحتراز عن دعواه على غيره فإنه لو دفعه ذو اليد لواحد مما ذكر وبرهن تندفع، فيجب أن يحمل على أنها ادعت أنه سرق منها مبنياً للمجهول ليكون الدعوى على ذي اليد لكن ينافيه قولها إن أخاها أخذه من بيتها. تأمل. قوله: (يمهل إلى المجلس الثاني) أي: بعد أن سأله عنه[2] وعلم أنه دفع صحيح كما قدمناه قبل التحكيم. قوله: (للمدعي تحليف إلخ) خلافاً لما في الذخيرة لأنه يدعي الإيداع ولا حلف على المدعي ح. كذا في الهامش.

فروع: إدعى نكاح امرأة لها زوج يشترط حضرة الزوج الظاهر. جامع الفصولين. السباهي لا ينتصب خصماً لمدعي الأرض ملكاً أو وقفاً. خيرية من الدعوى. الأصل سقوط دعوى الملك المطلق دون المقيد بسبب، در منتقى. المشتري ليس بخصم للمستأجر والمرتهن[3]. جامع الفصولين في الفصل الثالث.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وظاهره أنها ادعت سرقة أخيها إلخ) فيما قاله هنا مخالفة لما في المتن ولما قدمه، وموافقة لما قاله السائحاني.

(2) قال الرافعي: قوله: (أي: بعد أن سأله عنه إلخ) وفي الفصل (١٢) من «الأسروشنية» وفي «الذخيرة» و«الفتاوى الصغرى»: إذا قال المدعى عليه لي دفع يمهله القاضي إلى المجلس الثاني، وذكر في الأقضية أنه لا يمهله على وجه يبطل به حق المدعي، وإنما يمهله ثلاثة أيام وما أشبهه ذلك. في «الذخيرة» المدعى عليه إذا ادعى البراءة من دعوى الحق، وقال: لي بينة حاضرة في المصر، فإنه يؤجل ثلاثة أيام، وذكر رشيد الدين في فتاواه: إذا قال المدعى عليه: لي دفع، ولم يبين وجهه لا يلتفت القاضي إليه ويقضي عليه، وإن بين وجه الدفع لكن قال: بينتي غائبة عن البلد، فكذلك الجواب، وكذا إن بين وجه الدفع الفاسد، فالجواب كذلك، ولو كان الدفع صحيحاً وقال: بينتي حاضرة في المصر يمهله إلى المجلس الثاني اهـ.

(3) قال الرافعي: قوله: (المشتري ليس بخصم للمستأجر والمرتهن) هذا قول آخر مقابل لما في الشارح

٢ ـ بَابُ دَعْوَى الرَّجُلَيْنِ

(تقدم حجة خارج في ملك مطلق) أي: لم يذكر له سبب كما مر **(على حجة ذي اليد إن وقت أحدهما فقط)** وقال أبو يوسف: ذو الوقت أحق وثمرته فيما لو

بَابُ دَعْوَى الرَّجُلَيْنِ

لا يخفى عليك أن عقد الباب لدعوى الرجلين على ثالث[1]، وإلا فجميع الدعاوى لا تكون إلا بين اثنين، وحينئذ لا تكون هذه المسألة من مسائل هذا الكتاب، فلذلك ذكره صاحب الهداية والكنز في أوائل كتاب الدعوى.

قلت: ولعل صاحب الدرر إنما أخرها إلى هذا المقام مقتفياً في ذلك أثر صاحب الوقاية لتحقق مناسبة بينها وبين مسائل هذا الباب بحيث تكون فاتحة لمسائله وإن لم تكن منه. عزمي.

قوله: (حجة خارج) الخارج وذو اليد لو ادعيا إرثاً من واحد فذو اليد أولى[2] كما في الشراء، هذا إذا ادعى الخارج وذو اليد تلقي الملك من جهة واحد، فلو ادعياه من جهة اثنين يحكم للخارج، إلا إذا سبق تاريخ ذي اليد، بخلاف ما لوادعياه من واحد فإنه ثمة يقضي لذي اليد إلا إذا سبق تاريخ الخارج والفرق في الهداية ولو كان تاريخ أحدهما أسبق، فهو أولى كما لو حضر البائعان وبرهنا وأرّخا وأحدهما أسبق تاريخاً والمبيع في يد أحدهما يحكم للأسبق. اهـ فصولين من الثامن، وتمامه فيه. **قوله: (في ملك مطلق)** لأن الخارج هو المدعي والبينة بينة المدعي بالحديث، قيد الملك بالمطلق احترازاً عن المقيد بدعوى النتاج، وعن المقيد بما إذا ادعيا تلقي الملك من واحد وأحدهما قابض وبما إذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق فإن في هذه الصورة تقبل بينة ذي اليد بالإجماع كما سيأتي. درر.

فرع في الهامش: إذا برهن الخارج وذو اليد على نسب صغير قدم ذو اليد إلا في مسألتين في الخزانة. **الأولى**: لو برهن الخارج على أنه ابنه من امرأته وهما حران، وأقام ذو اليد بينة أنه ابنه ولم ينسبه إلى أمه فهو للخارج. **الثانية**: لو كان ذو اليد ذمياً والخارج مسلماً، فبرهن الذمي بشهود من الكفار وبرهن الخارج قدم الخارج سواء برهن بمسلمين أو بكفار، ولو برهن الكافر بمسلمين قدم على المسلم مطلقاً. أشباه قبيل الوكالة اهـ. **قوله: (فقط)** قيد بقوله: «فقط» لأنه لو

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (لا يخفى عليك أن عقد الباب لدعوى الرجلين على ثالث إلخ)** لا يخفى ما فيه، فإن مسائل هذا الباب تشمل ما إذا كانت الدعوى من كل على الآخر، نعم لو ادعى أحدهما واقتصر الآخر في جوابه على الإنكار لا تكون من مسائله.

(2) **قال الرافعي: قوله: (فذو اليد أولى إلخ)** هكذا في «الفصولين»، وعزا الاستروشني مسألة الإرث لرشيد الدين، والمذكور في «الهداية» مسألة الشراء فقط، وفيه أنه مع كون المورث واحداً إذا أثبت كل منهما وراثته له مع استوائهما يقضي بالمدعي لهما لا لواضع اليد، وإن كان أحدهما مقدماً يقضي له.

(قال) في دعواه: (هذا العبد لي غاب عني منذ شهر وقال ذو اليد: لي منذ سنة قضى للمدعي) لأن ما ذكره تاريخ غيبة لا ملك فلم يوجد التاريخ من الطرفين فقضى ببينة الخارج. وقال أبو يوسف: يقضي للمؤرّخ ولو حالة الانفراد. وينبغي أن يفتى بقوله لأنه أوفق وأظهر. كذا في جامع الفصولين وأقره المصنف **(ولو برهن خارجان على شيء قضى به لهما، فإن برهنا في)** دعوى **(نكاح سقطا)** لتعذر الجمع لو حية،

وقتا يعتبر السابق، كما يأتي متناً فالمراد سواء لم يوقتا أو وقت أحدهما وحده، ولو استوى تاريخهما فالخارج أولى، فالأعم قول الغرر: حجة الخارج في الملك المطلق أولى إلا إذا أرّخا وذو اليد أسبق. سائحاني. **قوله: (قال في دعواه هذا العبد إلخ)** تقدمت المسألة متناً قبيل السلم. **قوله: (تاريخ غيبة)** لأن قوله: منذ شهر متعلق بغاب فهو قيد للغيبة، وقوله: «منذ سنة» متعلق بما تعلق به قوله: «لي» أي: ملك لي منذ سنة فهو قيد للملك وتاريخ له، والمعتبر تاريخ الملك ولم يوجد من الطرفين. **قوله: (وقال أبو يوسف)** ضعيف. **قوله: (ولو حالة الانفراد)** ينبغي إسقاطها لأن الكلام في حالة الانفراد. **قوله: (كذا في جامع الفصولين)** ذكر هذا في الفصل السادس عشر حيث قال: استحق حمار فطلب ثمنه من بائعه فقال البائع للمستحق من كم مدة غاب عنك هذا الحمار فقال منذ سنة، فبرهن البائع أنه ملكه منذ عشر سنين قضى به للمستحق، لأنه أرّخ غيبته لا الملك والبائع أرّخ الملك، ودعواه دعوى المشتري لتلقيه من جهته فصار كأن المشتري ادعى ملك بائعه بتاريخ عشر سنين، غير أن التاريخ لا يعتبر حالة الانفراد عند أبي حنيفة فيبقى دعوى الملك المطلق، فحكم للمستحق.

أقول: يقضي بها للمؤرّخ عند أبي يوسف[1] لأنه يرجح المؤرخ حالة الانفراد اهـ ملخصاً. وقد قدمه في الثامن وقال: ولكن الصحيح والمشهور من مذهبه: يعني أبا حنيفة أنه: أي: تاريخ ذي اليد وحده غير معتبر، تنبه. ذكره خير الدين الرملي في حاشية المنح. **قوله: (ولو برهن خارجان)** يعني إذا ادعى اثنان عيناً في يد غيرهما وزعم كل واحد منهما أنها ملكه ولم يذكرا سبب الملك ولا تاريخه قضى بالعين بينهما لعدم الأولوية، وأطلقه فشمل ما إذا ادعيا الوقف في يد ثالث فيقضي لكل وقف النصف[2] وهومن قبيل دعوى الملك المطلق باعتبار ملك الواقف. وتمام بيانه في البحر، وفيه بيان أن الغلة مثله وقيد بالبرهان منهما، إذ لو برهن أحدهما فقط فإنه يقضي له بالكل، فلو برهن الخارج الآخر يقضي له بالكل لأن المقضي له صار ذا يد بالقضاء فتقدم بينة الخارج الآخر عليه. بحر وتمامه فيه.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (أقول يقضي بها للمؤرخ عند أبي يوسف إلخ) عبارته عقب قوله: حالة الانفراد: وينبغي أن يفتي بقول أبي يوسف لأنه أرفق وأظهر.

(2) قال الرافعي: قوله: (فيقضي لكل وقف النصف) عبارة «البحر» عقب قوله: في يد ثالث فيقضي بالعقار نصفين لكل وقف النصف.

ولو ميتة قضى به بينهما وعلى كل نصف المهر ويرثان ميراث زوج واحد، ولو ولدت يثبت النسب منهما. وتمامه في الخلاصة **(وهي لمن صدّقته إذا لم تكن في يد من كذبته ولم يكن دخل)** من كذبته **(بها)** هذا إذا لم يؤرّخا **(فإن أرّخا فالسابق أحق بها)** فلو أرّخ أحدهما فهي لمن صدقته أو لذي اليد. بزازية.

قلت: وعلى ما مر عن الثاني ينبغي اعتبار تاريخ أحدهما، ولم أر من نبه على هذا، فتأمل. **(وإن أقرّت لمن لا حجة له فهي له، وإن برهن الآخر قضى له، ولو برهن أحدهما وقضى له ثم برهن الآخر لم يقض له إلا إذا ثبت سبقه)** لأن البرهان مع

قوله: (ولو ميتة) أي: ولم يؤرّخا أو استوى تاريخهما كما هو في عبارة البحر عن الخلاصة. **قوله: (ولو ولدت)** أي: الميتة قبل الموت وظاهر العبارة أنها ولدت بعده. ولكن ينظر هل يقال له ولادة. **قوله: (وتمامه في الخلاصة)** هو أنه يرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل، وهما يرثان من الابن ميراث أب واحد ح. **قوله: (وهي لمن صدّقته)** يشمل ما إذا سمعه القاضي أو برهن عليه مدعيه بعد إنكارها له. بحر عن الخلاصة. **قوله: (إذا لم تكن إلخ)** أما إن كانت في يد من كذبته أو دخل بها فهو أولى، ولا يعتبر قولها لأن تمكنه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عقده، إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله فيكون أولى. لأن الصريح يفوق الدلالة. زيلعي: بقي لو دخل بها أحدهما وهي في بيت الآخر ففي البحر عن الظهيرية أن صاحب البيت أولى. **قوله: (هذا إذا لم يؤرّخا)** وكذا إذا أرّخا واستويا. **قوله: (فإن أرّخا)** أي: الخارجان مطلقاً. **قوله: (فالسابق أحق)** أي: وإن صدقت الآخر أو كان ذا يد أو دخل بها.

والحاصل كما في الزيلعي: أنهما إذا تنازعا في امرأة وبرهنا فإن أرخا وتاريخ أحدهما أقدم كان هو أولى، وإن لم يؤرخا أو استويا فإن مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها إلى منزله كان هو أولى، وإن لم يوجد شيء يرجع إلى تصديق المرأة اهـ. **قوله: (فالسابق أحق بها)** أي: ولا يعتبر ما ذكره من كونها في يده أو دخل بها مع التاريخ لكونه صريحاً، وهو يفوق الدلالة. منح. **قوله: (فلو أرّخ أحدهما)** أي: وصدقت الآخر أو كان ذا يد فإن لم يوجدا قدم المؤرخ، فالتصديق أو اليد أقوى من التاريخ، وعلم مما مر أن اليد أرجح من التصديق ومن الدخول.

فالحاصل كما في البحر: أن سبق التاريخ أرجح من الكل ثم اليد ثم الدخول ثم الإقرار ثم تاريخ أحدهما. **قوله: (أو لذي اليد)** أي: لو أرخ أحدهما وللآخر يد فإنها لذي اليد. **قوله: (وعلى ما مر عن الثاني)** أي: من أنه يقضي للمؤرخ حالة الانفراد على ذي اليد فيقضي هنا للمؤرخ، وإن كان الآخر ذا يد لترجح جانب المؤرخ حالة الانفراد عند أبي يوسف، وقدمنا عن الزيلعي أنه لو برهن أنه تزوجها قبله فهو أولى، وسيأتي متناً. **قوله: (وإن أقرت لمن لا حجة له فهي له)** قال السائحاني: كان عليه أن يقول: فإن لم تقم حجة فهي لمن أقرّت له، ثم إن برهن

التاريخ أقوى منه بدونه (كما لم يقض ببرهان خارج على ذي يد ظهر نكاحه إلا إذا ثبت سبقه) أي: أن نكاحه أسبق (وإن) ذكرا سبب الملك بأن (برهنا على شراء شيء من ذي يد، فلكل نصفه بنصف الثمن) إن شاء (أو تركه) إنما خير لتفريق الصفقة عليه (وإن ترك أحدهما بعد ما قضى لهما لم يأخذ الآخر كله) لانفساخه بالقضاء، فلو قبله فله (وهو) أي: ما ادعيا شراءه (للسابق) تاريخاً (إن أرخا) فيرّد البائع مع ما قبضه من الآخر إليه. سراج (و) هو (للذي يد إن لم يؤرّخا أو أرّخ أحدهما) واستوى تاريخهما (و) هو (للذي وقت إن وقت أحدهما ....

الآخر قضى له إلخ. قوله: (من ذي يد) أما لو ادعيا الشراء من غير ذي اليد فسيأتي متناً في قوله: «وإن برهن خارجان على ملك مؤرخ إلخ». قوله: (بنصف الثمن) أي: الذي عينه فإن ادعى أحدهما أنه اشتراه بمائة والآخر بمائتين أخذ الأول نصفه بخمسين والآخر بمائة. قوله: (ما قبضه) أي: الثمن. قوله: (وهو لذي يد) أي: المدعى بالفتح. قال في البحر: ولي إشكال في عبارة الكتاب هو أن أصل المسألة مفروض في خارجين تنازعا فيما في يد ثالث، فإذا كان مع أحدهما قبض كان ذا يد تنازع مع خارج فلم تكن المسألة. ثم رأيت في المعراج ما يزيله من جواز أنه أثبت بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان وهو الآن في يد البائع اهـ. إلا أنه يشكل ما ذكره بعده عن الذخيرة[1] بأن ثبوت اليد لأحدهما بالمعاينة اهـ والحق أنها مسألة أخرى وكان ينبغي إفرادها.

وحاصلها: أن خارجاً وذا يد ادعى كل الشراء من ثالث وبرهنا قدم ذو اليد في الوجوه الثلاثة والخارج في وجه واحد اهـ. وقد أشار المصنف إلى ذلك حيث ذكر. قوله: (ولذي وقت) ولكن كان عليه أن يقدمه على قوله: «ولذي يد» لأنه من تتمة المسألة الأولى، ويكون قوله: «ولذي» استئناف مسألة أخرى.

فرع: سئل في شاب أمرد كره خدمة من هو في خدمته لمعنى هو أعلم بشأنه وحقيقته فخرج من عنده فاتهمه أنه عمد إلى بيته وكسره في حال غيبته وأخذ منه كذا المبلغ سماه وقامت أمارة عليه بأن غرضه منه استبقاؤه واستقراره في يده على ما يتواخاه، هل يسمع القاضي والحالة هذه؟ عليه دعواه ويقبل شهادة من هو متقيد بخدمته وأكله وشربه من طعامه ومرقته والحال أنه معروف بحب الغلمان؟ الجواب ولكم فسيح الجنان. الجواب: قد سبق لشيخ الإسلام أبي السعود العمادي رحمه اللّه تعالى في مثل ذلك فتوى بأنه يحرم على القاضي سماع مثل هذه الدعوى معللاً بأن مثل هذه الحيلة معهود فيما بين الفجرة، واختلاقاتهم فيما بين الناس مشتهرة، ومن لفظه

(1) قال الرافعي: قوله: (إلا أنه يشكل ما ذكره بعده في «الذخيرة» إلخ) قد يقال الثابت بالبينة كالثابت معاينة، فما قيل في أحدهما يقال في الآخر، وليس في عبارة «الذخيرة» ما يدل على اشتراط ثبوت اليد بالمعاينة حتى يشكل.

فقط و) الحال أنه (لا يد لهما) وإن لم يوقتا فقد مر أن لكل نصفه بنصف الثمن (والشراء أحق من هبة وصدقة) ورهن ولو مع قبض، وهذا (إن لم يؤرّخا، فلو أرّخا واتحد الملك فالأسبق أحق) لقوله: (ولو أرّخت إحداهما فقط فالمؤرّخة أولى) ولو اختلف الملك استويا ....

رحمه اللّه تعالى فيها لا بد للحكام أن لا يصغوا إلى مثل هذه الدعاوى بل يعزروا المدعي ويحجزوه عن التعرض لمثل ذلك الغمر[1] المنخدع، وبمثله أفتى صاحب تنوير الأبصار لانتشار ذلك في غالب القرى والأمصار. ويؤيد ذلك فروع ذكرت في باب الدعوى تتعلق باختلاف حال المدعي وحال المدعى عليه، ويزيد ذلك وبعده[2] شهادة من بعشاه يتعشى وبغذاه يتغدى، فلا حول ولا قوة إلا باللّه العليّ العظيم، إنا للّه وإنا إليه راجعون، ما شاء اللّه كان وما لم يشأ لم يكن، واللّه تعالى أعلم. فتاوى خيرية. وعبارة المصنف في فتاواه في ذكر فتوى أبي السعود وأنا أقول: إن كان الرجل معروفاً بالفسق وحبّ الغلمان والتحيل لا تسمع دعواه ولا يلتفت القاضي لها، وإن كان معروفاً بالصلاح والفلاح فله سماعها، واللّه تعالى أعلم. **قوله: (فقط) أقول:** التاريخ في الملك المطلق لا عبرة به من طرف واحد، بخلافه في الملك بسبب كما هو معروف، قاله شيخ والدي مدني. **قوله: (والشراء أحق من هبة)** أي: لو برهن خارجان على ذي يد أحدهما على الشراء منه والآخر على الهبة منه كان الشراء أولى، لأنه أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولأنه يثبت الملك بنفسه، والملك في الهبة يتوقف على القبض، فلو أحدهما ذا يد والمسألة بحالها يقضي للخارج أو للأسبق تاريخاً، وإن أرخت إحداهما فلا ترجيح، ولو كل منهما ذا يد فهو لهما أو للأسبق تاريخاً كدعوى ملك مطلق وأطلق في الهبة وهي مقيدة بالتسليم، وبأن لا تكون بعوض وإلا كانت بيعاً، وأشار إلى استواء الصدقة والهبة المقبوضتين للاستواء في التبرّع، ولا ترجيح للصدقة باللزوم لأنه يظهر في ثاني الحال، وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل، والهبة قد تكون لازمة كهبة محرم، والصدقة قد لا تلزم بأن كانت لغني اهـ ملخصاً من البحر. وفيه: ولم أر حكم الشراء الفاسد مع القبض والهبة مع القبض، فإن الملك في كل متوقف على القبض وينبغي تقديم الشراء للمعاوضة ورده المقدسي بأن الأولى[3] تقديم الهبة لكونها مشروعة. **قوله: (ولو أرخت إحداهما)** أي: إحدى البينتين. **قوله: (ولو اختلف الملك استويا)** لأن كلاً منهما خصم عن مملكه في إثبات ملكه وهما فيه سواء، بخلاف ما إذا اتحد لاحتياجهما إلى إثبات السبب وفيه يقدم الأقوى. وفي البحر: لو ادعى الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من غيره والثالث: الميراث من أبيه والرابع: الصدقة من آخر قضى بينهم أرباعاً لأنهم يتلقون الملك من

---

(1) **قال الرافعي: قوله:** (الغمر) بتثليث أوله من لم يجرب الأمور قاموس.

(2) **قال الرافعي: قوله:** (ويزيد ذلك بعداً إلخ) عبارة «الخيرية»: ويزيد على ذلك قبحاً وبعداً إلخ.

(3) **قال الرافعي: قوله:** (ورده المقدسي بأن الأولى إلخ) الذي يظهر ما قاله في «البحر».

وهذا فيما لا يقسم اتفاقاً، واختلف التصحيح فيما يقسم كالدار، والأصح أن الكل لمدعي الشراء لأن الاستحقاق من قبيل الشيوع المقارن لا الطارىء. هبة الدرر **(والشراء والمهر سواء)** فينصف وترجع هي بنصف القيمة وهو بنصف الثمن أو يفسخ لما مر **(هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا واستوى تاريخهما، فإن سبق تاريخ أحدهما كان أحق)** قيد بالشراء لأن النكاح أحق من هبة أو رهن أو صدقة. عمادية. والمراد من النكاح: المهر كما حرره في البحر مغلطاً للجامع(1)، نعم يستوي النكاح والشراء لو تنازعا في الأمة من رجل واحد ولا مرجح فتكون ملكاً له منكوحة للآخر، فتدبر **(ورهن مع قبض أحق من هبة بلا عوض معه)** استحساناً ولو به فهي أحق لأنها

مملكهم، فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق اهـ. **قوله: (وهذا)** أي: استواؤهما فيما لو اختلف المملك، وكذا لو كانت العين في أيديهما ولم يسبق تاريخ أحدهما فإنهما يستويان كما قدمناه. **قوله: (فيما لا يقسم)** كالعبد والدابة. **قوله: (لأن الاستحقاق إلخ)** جواب عما قاله في العمادية: من أن الصحيح أنهما سواء، لأن الشيوع الطارىء لا يفسد الهبة والصدقة ويفسد الرهن اهـ. وأقره في البحر وصدر الشريعة.

قال المصنف نقلاً عن الدرر: عدّه صورة الاستحقاق من أمثلة الشيوع الطارىء غير صحيح، والصحيح ما في الكافي والفصولين، فإن الاستحقاق إذا ظهر بالبينة كان مستنداً إلى ما قبل الهبة فيكون مقارناً لها لا طارئاً عليها اهـ: أي: وحيث كان من قبيل المقارن، وهو يبطل الهبة إجماعاً ينفرد مدعي الشراء بالبرهان فيكون أولى. **قوله: (لا الطارىء)** لأن الشيوع الطارىء لا يفسد الهبة والصدقة، بخلاف المقارن. **قوله: (وترجع هي)** أي: على الزوج. **قوله: (وهو بنصف الثمن)** كالرجوع ببعض. **قوله: (لما مر)** أي: من تفريق الصفقة. **قوله: (فإن سبق تاريخ أحدهما)** لكن يشترط في الشهادة أنه اشترى من فلان وهو يملكها كما في دعوى الحامدية عن البحر معزياً لخزانة الأكمل. كذا في الهامش. **قوله: (مغلطاً للجامع)** أي: جامع الفصولين في **قوله:** لو اجتمع نكاح وهبة يمكن أن يعمل بالبينتين لو استويا بأن تكون منكوحة هذا وهبة الآخر بأن يهبه أمته المنكوحة فينبغي أن لا تبطل بينة الهبة حذراً من تكذيب المؤمن، وحملاً له على الصلاح وكذا الصدقة مع النكاح وكذا الرهن مع النكاح اهـ. **قال مولانا في بحره:** وقد كتبت في حاشيته أنه وهم لأنه فهم أن المراد أنهما تنازعا في أمة أحدهما ادعى أنها ملكه بالهبة والآخر أنه تزوجها وليس مرادهم ذلك، وإنما المراد من النكاح المهر كما عبر به في الكتاب. وتمامه في المنح. **قوله: (نعم إلخ)** ذكر هذا في الجامع بحثاً كما علمت، وقال في البحر: ولم أره صريحاً. **قوله: (معه)** الضمير راجع للقبض. ....

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (كما حرره في «البحر» مغلطاً للجامع) رده المقدسي فانظر.

بيع انتهاء، والبيع ولو بوجه أقوى من الرهن، ولو العين معهما استويا ما لم يؤرّخا وأحدهما أسبق **(وإن برهن خارجان على ملك مؤرّخ أو شراء مؤرّخ من واحد)** غير ذي يد **(أو)** برهن **(خارج على ملك مؤرّخ وذو يد على ملك مؤرّخ أقدم**[1] **فالسابق أحق وإن برهنا على شراء متفق تاريخهما)** أو مختلف. عيني ....

قوله: (أقوى من الرهن) هذا إذا كانت في يد ثالث س. **قوله: (استويا)** بحث فيه العمادي بأن الشيوع الطارىء يفسد الرهن، فينبغي أن يقضي بالكل لمدعي الشراء. لأن مدعي الرهن أثبت رهناً فاسداً فلا تقبل بينته فصار كأن مدعي الشراء انفرد بإقامة البينة. وتمامه في البحر.

قلت: وعلى ما مر من أن الاستحقاق من الشيوع المقارن ينبغي أن يقضي لمدعي الشراء بالأولى، فالحكم بالاستواء على كل من القولين مشكل، فليتأمل. **قوله: (غير ذي يد)** قيد به لأن دعواهما الشراء من صاحب اليد قد مر في صدر الباب س. **قوله: (على ملك مؤرخ)** قيد بالملك لأنه لو أقاماها على أنها في يده منذ سنتين، ولم يشهدوا أنها له قضى بها للمدعي، لأنها شهدت باليد لا بالملك. بحر. **قوله: (فالسابق أحق)** لأنه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه. منح، وقيد بالتاريخ منهما لأنه إذا لم يؤرّخا أو استويا فهي بينهما في المسألتين الأوليين، وإن سبقت إحداهما فالسابقة أولى فيهما، وإن أرّخت إحداهما فقط فهي الأحق في الثانية لا الأولى، وأما في الثانية[2] فالخارج أولى في الصور الثلاث، وتمامه في البحر. **قوله: (متفق)** صوابه النصب على الحال من فاعل برهنا ح. **قوله: (أو مختلف)** أي: تاريخهما. باقاني. وإن ادعيا الشراء كل واحد منهما من رجل آخر فأقام أحدهما بينة بأنه اشتراه من فلان، وهو يملكها وأقام آخر البينة أنه اشتراه من فلان آخر وهو يملكها فإن القاضي يقضي به بينهما وإن وقتا فصاحب الوقت الأول أولى في ظاهر الرواية. وعن محمد أنه لا يعتبر التاريخ، وإن أرخ أحدهما دون الآخر يقضي بينهما اتفاقاً: فإن كان لأحدهما قبض فالآخر أولى، وإن كان البائعان[3] ادعيا ولأحدهما يد فإنه يقضي للخارج منهما. قاضيخان. كذا في الهامش. **قوله: (عيني)** ومثله في الزيلعي تبعاً للكافي، وادعى في البحر أنه سهو وأنه يقدم الأسبق كما في دعوى الشراء من شخص واحد، فإنه يقدّم الأسبق تاريخاً. ورده الرملي: بأنه هو الساهي، فإن في المسألة اختلاف الرواية، ففي جامع الفصولين: لو برهنا على الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق اختلفت الروايات في الكتب، فما ذكر في الهداية يشير إلى أنه لا عبرة لسبق التاريخ، وفي المبسوط ما يدل على أن الأسبق أولى، ثم رجح صاحب جامع الفصولين الأول اهـ. ملخصاً.

(1) **قال الرافعي:** قول المصنف: (أقدم) لا حاجة إليه.

(2) **قال الرافعي:** قوله: (وأما في الثانية إلخ) لا وجود لها في «البحر» ولعله الثالثة، والمراد بالأوجه الثلاثة عدم التاريخ أصلاً أو الاستواء فيه أو تاريخ أحدهما فقط.

(3) **قال الرافعي:** قوله: (وإن كان البائعان) لعله كأن البائعين.

(وكل يدعي الشراء من) رجل **(آخر أو وقت أحدهما فقط استويا)** إن تعدّد البائع وإن اتحدّ فذو الوقت أحق، ثم لا بد من ذكر المدعي وشهوده ما يفيد ملك بائعه[1] إن لم

قلت: وفي نور العين عن قاضيخان ادعيا شراء من اثنين يقضي به بينهما نصفين، وإن أرّخا وأحدهما أسبق فهو أحق في ظاهر الرواية، وعن محمد: لا يعتبر التاريخ: يعني بينهما[2]، وإن أرّخ أحدهما فقط يقضي به بينهما نصفين وفاقاً، فلو لأحدهما يد فالخارج أولى. ثم قال في نور

(1) **قال الرافعي**: قول الشارح: (ثم لا بد من ذكر المدعي وشهوده ما يفيد ملك بائعه إلخ) في «نور العين» من الفصل السادس: لا تقبل بينة الشراء من الغائب إلا بالشهادة بأحد الثلاثة إما بملك بائعه بأن يقول: باع وهو بملكه، وإما بملك مشتريه بأن يقول: هو للمشتري شراه من فلان، وإما بقبضه بأن يقول: اشتراه منه وقبضه اهـ. وفي التتمة من الفصل الثاني في أداء الشهادة: ادعى داراً أنها ملكه اشتراها من فلان، وذو اليد يدّعيها لنفسه، فشهد الشهود أنها ملك المدعى اشتراها من فلان، أو لم يشهدوا أنها ملك هذا المدعي، وإنما شهدوا أنه اشتراها من فلان وفلان يملكها، أو شهدوا أنها كانت للبائع فلان اشتراها المدعي منه، أو شهدوا أنه اشتراها من فلان وسلمها إليه تقبل شهادتهم، لأنهم شهدوا بالملك للمدعي، فإن شهدوا أنه اشتراها من فلان لا غير لا تقبل. من آخر باب الشهادة على البيع لشيخ الإسلام اهـ. وفي «البزازية» من الفصل الثالث في الموافقة بين الدعوى والشهادة: إن كان مكان البيع هبة وذكرا ما ذكرنا تقبل، وإن لم يقولا: إنه ملك المدعي، وفي الأقضية فيما إذا شهدا أن فلاناً باعها من هذا المدعي وهي في يده ذكر اختلاف المشايخ، وقال: قيل لا تقبل إذا كانت الدار في يد غير البائع، وإن كانت في يد البائع فشهدا أن المدعي هذا اشتراها من المدعى عليه تقبل، ولا حاجة إلى أن يقول: باع وهو يملكها اهـ. وفي «التبيين» من الكفالة تحت قول المصنف: وكفالته بالدرك تسليم ما نصه: لو شهد هنا أيضاً عند الحاكم بالبيع وقضى بشهادته، أو لم يقض يكون تسليماً حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك، لأن الشهادة على إنسان بالبيع إقرار منه بنفاذ البيع باتفاق الروايات، لأن العاقل يريد بتصرفه الصحة، فيصير كأنه قال باع وهو يملكه، أو باع بيعاً باتاً نافذاً اهـ. وفي «محاضر الهندية»: إن قوله وسلم المبيع نظير قوله: وهو يملكه اهـ، وهذا بخلاف دعوى الأجرة ففي السادس من دعوى الإجارة من «البزازية»: ادعى أجرة محدود بإجارته منه وتسليمه إليه، ولم يذكر أنه ملكه يصح بخلاف دعوى الشراء كما مر والوقف، لأن إجارة الغاصب المغصوب صحيح بلا إذن المالك ويستحق الأجرة. ادعى عليه أنه كان استأجر منه هذه الدار وقبضها، ثم إنك غصبتها مني يصح لأنه ادعى عليه فعلاً، أما لو قال: كنت استأجرتها قبلك ثم استأجرتها من المالك وسلمها إليك لا، لأن المستأجر لا يصير خصماً لمدعي الملك والإجارة ما لم يدع عليه فعلاً، وقال ظهير الدين: يسمع لادعائه عليه منافع مملوكة له فكان خصماً اهـ، وفي الفصل السادس من «نور العين»: ادعى إرثاً ورثه من أبيه، وادعى آخر شراءه من الميت وشهوده شهدوا بأن الميت باعه منه، ولم يقولوا باعه منه وهو يملكه، قالوا: لو كانت الدار في يدي مدعي الشراء أو مدعي الإرث، فالشهادة جائزة لأنا على مجرد البيع إنما لا تقبل إذا لم تكن الدار في يد المشتري أو الوراث، أما لو كانت فالشهادة بالبيع شهادة ببيع وملك اهـ.

(2) **قال الرافعي**: قوله: (يعني بينهما) لعله فيقضى بينهما.

يكن المبيع في يد البائع، ولو شهدوا بيده فقولان. بزازية (**فإن برهن خارج على الملك وذو اليد على الشراء منه، أو برهنا على سبب ملك لا يتكرّر، كالنتاج**) وما في معناه كنسج لا يعاد وغزل قطن (**وحلب لبن وجزّ صوف**) ونحوها ولو عند بائعه. درر (**فذو اليد أحق**) من الخارج إجماعاً، إلا إذا ادعى الخارج عليه فعلاً كغصب أو وديعة أو إجارة ونحوها في رواية درر. ....

العين: فما في المبسوط يؤيده ما في قاضيخان أنه ظاهر الرواية، وما في الهداية اختيار قول محمد، ثم قال: ودليل ما في المبسوط وقاضيخان وهو أن الأسبق تاريخاً يضيف الملك إلى نفسه في زمان لا ينازعه غيره أقوى من دليل ما في الهداية، وهو أنهما يثبتان الملك لبائعها فكأنهما حضرا وادعيا الملك بلا تاريخ. ووجه قوة الأول غير خاف على من تأمل اهـ. وكذا بحث في دليل ما في الهداية في الحواشي السعدية فراجعها. وبه علم أن تقييد المصنف باتفاق التاريخ مبني على ظاهر الرواية، فهو أولى مما فعله الشارح وإن وافق الكافي والهداية، وأما الحكم عليه بالسهو كما في البحر فمما لا ينبغي. **قوله: (من رجل آخر)** أي: غير الذي يدعي الشراء منه صاحبه. زيلعي. **قوله: (استويا)** لأنهما في الأولى يثبتان الملك لبائعهما، فكأنهما حضرا ولو وقت أحدهما فتوقيته لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم، بخلاف ما إذا كان البائع واحداً لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته، فإذا أثبت أحدهما تاريخاً يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره. بحر. ثم قال: وإذا استويا في مسألة الكتاب يقضى به بينهما نصفين ثم يخير كل واحد منهما إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك اهـ. **قوله: (ملك بائعه)** بأن يشهدوا أنه اشتراها من فلان وهو يملكها. بحر. **قوله: (أو برهنا)** أي: الخارج وذو اليد، وفي البحر أطلقه فشمل ما إذا أرخا واستوى تاريخهما أو سبق أو لم يؤرخا أصلاً أو أرخت إحداهما فلا اعتبار بالتاريخ مع النتاج، إلا من أرخ تاريخاً مستحيلاً بأن لم يوافق سن المدعي وقت ذي اليد ووافق وقت الخارج فحينئذ يحكم للخارج، ولو خالف سنه الوقتين لغت البينتان عند عامة المشايخ، ويترك في يد ذي اليد على ما كان. كذا في رواية. وهو بينهما نصفين في رواية. كذا في جامع الفصولين. وفيه برهن الخارج أن هذه أمته وولدت هذا القنّ في ملكي وبرهن ذو اليد على مثله يحكم بها للمدعي، لأنهما ادعيا في الأمة ملكاً مطلقاً فيقضي بها للمدعي، ثم يستحق القن تبعاً اهـ. وبهذا ظهر أن ذا اليد إنما يقدم في دعوى النتاج على الخارج إذا لم يتنازعا في الأم، أما لو تنازعا في ملك مطلق وشهدوا به وبنتاج ولدها فإنه لا يقدم، وهذه يجب حفظها اهـ. **قوله: (كالنتاج)** هو ولادة الحيوان من نتجت عنده بالبناء للمفعول ولدت ووضعت كما في المغرب، والمراد ولادته في ملكه أو في ملك بائعه أو مورّثه، وبيانه في البحر. **قوله: (فعلاً)** أي: وإن لم يدع الخارج النتاج. تأمل. **قوله: (في رواية)** الأولى أن يقول: «في قول» كما في الشرنبلالية. **قوله: (درر)** اقتصر عليها الزيلعي وصاحب البحر وشراح الهداية. ويؤيده ما كتبناه فيما يأتي تحت

أو كان سبباً يتكرر كبناء وغرس ونسج خزّ وزرع برّ ونحوه أو أشكل على أهل الخبرة فهو للخارج لأنه الأصل، إنما عدلنا عنه بحديث النتاج **(وإن برهن كل)** من الخارجين أو ذوي الأيدي أو الخارج وذي اليد. عيني **(على الشراء من الآخر بلا وقت سقطا وترك المال)** المدعى به **(في يد من معه)** **وقال محمد**: يقضي للخارج.

قلنا: الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك له ولو أثبتا قبضاً تهاترتا اتفاقاً. درر **(ولا يرجح بزيادة عدد الشهود)** فإن الترجيح عندنا بقوة الدليل لا بكثرته، ثم فرّع على هذا الأصل بقوله: **(فلو أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء)** في ذلك **(وكذا لا ترجيح بزيادة العدالة)** لأن المعتبر أصل العدالة إذ لا حد للأعدلية.

قول المصنف: «فلو لم يؤرّخا قضى بها لذي اليد» قال الزيلعي بعد تعليل، تقديم ذي اليد في دعوى النتاج: بأن اليد لا تدل على أولية الملك فكان مساوياً للخارج فيها، فبإثباتها يندفع الخارج وبينة ذي اليد مقبولة للدفع، ولا يلزم ما إذا ادعى الخارج الفعل على ذي اليد حيث تكون بينته أرجح، وإن ادعى ذو اليد النتاج لأنه في هذه أكثر إثباتاً لإثباتها ما هو غير ثابت أصلاً اهـ ملخصاً. ويستثنى أيضاً ما إذا تنازعا في الأم كما مر، وما إذا ادعى الخارج إعتاقاً مع النتاج، وبيانه في البحر. **قوله**: **(ونسج خزّ)** **قال في الكفاية**: الخز اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزاً، قيل هو نسج، فإذا بلي يغزل مرة ثانية ثم ينسج اهـ عزمي. كذا في الهامش. **قوله**: **(بحديث النتاج)** هو ما روى جابر بن عبد الله رضي الله عنه «أَنَّ رَجُلاً ادَّعَى نَاقَةً فِي يَدِ رَجُلٍ، وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا نَاقَتُهُ نَتَجَتْ عِنْدَهُ وَأَقَامَ الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا نَاقَتُهُ فَقَضَى بِهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِلَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ»[1] وهذا حديث صحيح مشهور فصارت مسألة النتاج مخصوصة. بحر. **قوله**: **(من الآخر)** أي: من خصمه الآخر. **قوله**: **(بلا وقت)** فلو وقتا يقضي لذي الوقت الآخر. بحر. **قوله**: **(وقال محمد: يقضي للخارج)** لأن العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع، وتمامه في البحر. **قوله**: **(بالملك له)** فصار كأنهما قامتا على الإقرارين وفيه التهاتر بالإجماع. كذا هنا. **قوله**: **(تهاترتا)** لأن الجمع غير ممكن. بحر. وهذا في غير العقار وبيانه في البحر أيضاً. **قوله**: **(فهما سواء في ذلك)** **قال شيخ مشايخنا**: ينبغي أن يقيد ذلك بما إذا لم يصل إلى حد التواتر فإنه حينئذ يفيد العلم فلا ينبغي أن يجعل كالجانب الآخر اهـ.

أقول: ظاهر ما في الشمنيّ والزيلعيّ يفيد ذلك حيث **قال**: ولنا أن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوتها، بأن يكون أحدهما متواتراً والآخر آحاداً، أو يكون أحدهما مفسراً والآخر مجملاً فيترجح المفسر على المجمل والمتواتر على الآحاد اهـ بيري.

(دار في يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها وبرهنا، فللأول ربعها والباقي للآخر بطريق المنازعة) وهو أن النصف سالم لمدعي الكل بلا منازعة ثم استوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف **(وقالا: الثلث له والباقي للثاني بطريق العول)** لأن في المسألة كلاً ونصفاً، فالمسألة من اثنين وتعول إلى ثلاثة.

واعلم أن أنواع القسمة أربعة:

ما يقسم بطريق العول إجماعاً وهو ثمان: ميراث، وديون، ووصية، ومحاباة، ودراهم مرسلة، وسعاية، وجناية رقيق.

وبطريق المنازعة إجماعاً وهو مسألة الفضوليين.

وبطريق المنازعة عنده والعول عندهما وهو ثلاث مسائل: مسألة الكتاب، وإذا أوصى لرجل بكل ماله أو بعبد بعينه، ولآخر بنصف ذلك.

قوله: (بطريق المنازعة) اعلم أن أبا حنيفة رحمه الله اعتبر في هذه المسألة طريق المنازعة، وهو أن النصف سالم لمدعي الكل بلا منازعة فيبقى النصف الآخر وفيه منازعتهما على السواء فيتنصف، فلصاحب الكل ثلاثة أرباع ولصاحب النصف الربع، وهما اعتبرا طريق العول والمضاربة، وإنما سمي بهذا لأن في المسألة كلاً ونصفاً، فالمسألة من اثنين وتعول إلى ثلاثة، فلصاحب الكل سهمان ولصاحب النصف سهم، هذا هو العول. وأما المضاربة فإن كل واحد يضرب بقدر حقه فصاحب الكل له ثلثان من الثلاثة فيضرب الثلثان في الدار، وصاحب النصف له ثلث من الثلاثة فيضرب الثلث في الدار فحصل ثلث الدار، لأن ضرب الكسور بطريق الإضافة، فإنه إذا ضرب الثلث في الستة معناه ثلث الستة وهو اثنان. منح. **قوله: (ومحاباة)** الوصية بالمحاباة إذا أوصى بأن يباع العبد الذي قيمته ثلاثة آلاف[1] درهم من هذا الرجل بألفي درهم، وأوصى لآخر أن يباع العبد الذي يساوي ألفي درهم بألف درهم حتى حصلت المحاباة لهما بألفي درهم كان الثلث بينهما بطريق العول والوصية بالدراهم المرسلة إذا أوصى لرجل بألف ولآخر بألفين كان الثلث بينهما بطريق العول والوصية بالعتق إذا أوصى بأن يعتق من هذا العبد نصفه وأوصى بأن يعتق من هذا الآخر ثلثه يقسم ثلث المال بينهما بطريق العول، ويسقط من كل واحد منهما حصته من السعاية اهـ ح. كذا في الهامش، وفيه: مدبر جنى على هذا الوجه ودفعت القيمة إلى أولياء الجناية كانت القيمة بينهما بطريق العول، وأما ما يقسم بطريق المنازعة عندهم فمسألة واحدة ذكرها في الجامع: فضولي باع عبداً من رجل بألف درهم وفضولي آخر باع نصفه من آخر

---

(1) قال الرافعي: قوله: (بأن يباع العبد الذي قيمته ثلاثة آلاف إلخ) في هذه الصورة الوصية لكل من الموصى لهما بألف، ولا يظهر اعتبار جهة العول أو جهة المنازعة بل يقسم الثلث بينهما بالسواء.

وبطريق العول عنده والمنازعة عندهما، وهو خمس كما بسطه الزيلعي والعيني. وتمامه في البحر. والأصل عنده أن القسمة[1] متى وجبت لحق ثابت في عين أو ذمة شائعاً فعولية أو مميزاً أو لأحدهما شائعاً وللآخر في الكل فمنازعة، وعندهما متى ثبتا معاً على الشيوع فعولية وإلا فمنازعة، فليحفظ **(ولو الدار في أيديهما فهي للثاني)** نصف لا بالقضاء ونصف به لأنه خارج، ولو في يد ثلاثة وادعى أحدهم كلها وآخر نصفها وآخر ثلثها وبرهنوا قسمت عنده بالمنازعة وعندهما بالعول، وبيانه في الكافي **(ولو برهنا على نتاج دابة)** في أيديهما أو أحدهما أو غيرهما **(وأرخا قضى لمن وافق سنها تاريخه)** بشهادة الظاهر **(فلو لم يؤرخا قضى بها لذي اليد، ولهما إن في أيديهما أو في يد ثالث وإن لم يوافقهما)** بأن خالف أو أشكل **(فلهما إن كانت في أيديهما أو كانا خارجين، فإن في يد أحدهما قضى بها له)** هو الأصح.

بخمسمائة فأجاز المولى البيعين جميعاً يخير المشتريان، فإذا اختارا الأخذ أخذا بطريق المنازعة ثلاثة أرباعه لمشتري الكل وربعه لمشتري النصف عندهم جميعاً. وفي البحر. عبد فقأ عين رجل وقتل آخر خطأ فدفع بهما، يقسم الجاني بينهما بطريق العول: ثلثاه لولي القتيل وثلثه للآخر. بحر اهـ. **قال المؤلف رحمه الله**: وأسقط ابن وهبان الوصية بالعتق وبها تم الثمان **قوله: (لأنه خارج)** لأن مدعي النصف تنصرف دعواه إلى ما في يده ولا يدعي شيئاً مما في يد صاحبه. **قوله: (وبيانه في الكافي)** ذكره في غرر الأفكار فراجعه. **قوله: (ولو برهنا)** يتصور هذا بأن رأى الشاهدان أنه ارتضع من لبن أنثى كانت في ملكه، وآخران رأيا أنه ارتضع من لبن أنثى في ملك آخر فتحل الشهادة للفريقين. بحر عن الخلاصة. وقدمنا أنه لا اعتبار بالتاريخ مع النتاج إلا من أرخ تاريخاً مستحيلاً إلخ. فتأمل. **قوله: (لذي اليد)** هذا قيد لما إذا ادعى كل منهما النتاج فقط، إذ لو ادعى الخارج الفعل على ذي اليد كالغصب والإجارة والعارية، فبينة الخارج أولى لأنها أكثر إثباتاً لإثباتها الفعل على ذي اليد كما في البحر عن الزيلعي، ونقله في نور العين عن الذخيرة على

---

(1) **قال الرافعي: قول الشارح: (والأصل عنده أن القسمة إلخ)** عبارة شرح «الزيادات» الأصل لأبي حنيفة أن قسمة العين متى كانت لحق ثابت في الذمة أو لحق ثبت في العين على وجه الشيوع في البعض دون الكل كانت القسمة عولية، ومتى وجبت قسمة العين لحق ثبت على وجه التمييز أو كان حق أحدهما في البعض الشائع وحق الآخر في الكل كانت القسمة نزاعية اهـ، وقوله: على وجه الشيوع في البعض متعلق بثبت لا بالشيوع، فإن حق كل من الورثة مثلاً شائع في كل التركة لا البعض، وقوله: أو ثبت على وجه التمييز، وذلك في مسألة «الكافي»، فإن مدعي الكل إنما يدعي ما في يدي شريكيه من الثلثين، وذلك مميز لا شائع في كل العين، ومدعي النصف يدعي سدساً في يدي شريكيه، وذلك مميز غير شائع في كل العين.

قلت: وهذا أولى مما وقع في الكنز والدرر والملتقى فتبصر (**برهن أحد الخارجين على الغصب**) من زيد (**والآخر على الوديعة**) منه (**استويا**) لأنها بالجحد تصير غصباً (**الناس أحرار**) بلا بيان (**إلا في**) أربع: (**الشهادة والحدود، والقصاص، والقتل**) كذا في نسخة المصنف، وفي نسخة «والعقل» وعبارة الأشباه «والدية» وحينئذ (**فلو ادعى على مجهول الحال**) أحر أم لا (**أنه عبده فأنكر وقال: أنا حرّ الأصل فالقول له**) لتمسكه بالأصل (**واللابس**) للثوب (**أحق من آخذ الكم والراكب أحق من آخذ اللجام ومن في السرج**)..................................

خلاف ما في المبسوط، وقال: الظاهر أن ما في الذخيرة هو الأصح، والأرجح لما في الخلاصة من كتاب الولاء لخواهر زاده: أن ذا اليد إذا ادعى النتاج وادعى الخارج أنه ملكه غصبه منه ذو اليد أو أودعه له أو أعاره منه كانت بينة الخارج أولى، وإنما تترجح بينة ذي اليد على النتاج إذا لم يدع الخارج فعلاً على ذي اليد، أما لو ادعى فعلاً كالشراء وغير ذلك فبينة الخارج أولى، لأنها أكثر إثباتاً لأنها تثبت الفعل عليه اهـ. وانظر أيضاً ما كتبناه قريباً بنحو ورقة. **قوله:** (**مما وقع في الكنز**) حيث قال: وإن أشكل فلهما، لأن قوله: «وإن لم يوافقهما» أعم من قول الكنز، وكذا قول الكنز فلهمامقيد بما إذا لم تكن في يد أحدهما، وعبارة الملتقى والغرر: إن أشكل فلهما وإن خالفهما بطل. قال الشارح في شرح الملتقى: فيقضي لذي اليد قضاء ترك. كذا اختاره في الهداية والكافي.

قلت: لكن الأصح أنه كالمشكل كما جزم به في التنوير والدرر والبحر وغيرها فليحفظ اهـ.

قلت: نقل الشرنبلالي عن كافي الحاكم أن الأول هو الصحيح للتيقن بكذب البينتين فيترك في يد ذي اليد وقال: ومحصله اختلاف التصحيح[1]. **قوله:** (**من زيد**) هكذا وقع في النسخ، وصوابه: «على الغصب من يده» أي: من يد أحد الخارجين. قال الزيلعي والمنح: معناه إذا كان عين في يد رجل فأقام رجلان عليه البينة أحدهما بالغصب منه، والآخر بالوديعة استوت دعواهما حتى يقضى بها بينهما نصفين، لأن الوديعة تصير غصباً بالجحود حتى يجب عليه الضمان. مدني. والظاهر: أنه أراد على الغصب الناشىء من زيد فزيد هو الغاصب، فمن ليست صلة الغصب بل ابتدائية تأمل. **قوله:** (**الشهادة**) فيسأل عن الشاهد ذا طعن الخصم بالرق لا إن لم يطعن فلا يقبل **قوله:** أنا حرّ بالنسبة إليها ما لم يبرهن، وإذا قذف ثم زعم أن المقذوف عبد لا يحد حتى يثبت المقذوف حريته بالحجة، وكذا لو قطع يد إنسان وكذا لو قتله خطأ وزعمت العاقلة أن المقتول عبد ط. **قوله:** (**والدية**) الثلاث بمعنى واحد في المآل. **قوله:** (**واللابس للثوب**) قال الشيخ قاسم: فيقضي له قضاء ترك لا استحقاق، حتى لو أقام الآخر البينة بعد ذلك يقضي له. شرنبلالية. **قوله:** (**ومن في السرج**) نقل الناطفي هذه الرواية عن النوادر، وفي ظاهر الرواية هي بينهما نصفين.

(1) قال الرافعي: قوله: (ومحصله اختلاف التصحيح) إلا أن الأصح أقوى من الصحيح في الترجيح.

من رديفه وذو حملها ممن علق كوزه) بها لأنه أكثر تصرفاً (والجالس على البساط والمتعلق به سواء) كجالسيه وراكبي سرج (كمن معه ثوب وطرفه مع الآخر لا هدبته) أي: طرته الغير المنسوجة لأنها ليست بثوب (بخلاف جالسي دار تنازعا فيها) حيث لا يقضي لهما لاحتمال أنها في يد غيرهما وهنا علم أنه ليس في يد غيرهما. عيني ....

أقول: لكن في الهداية والملتقى مثل ما في المتن[1] فتنبه، بخلاف ما إذا كانا راكبين في السرج فإنها بينهما قولاً واحداً كما في الغاية، ويؤخذ منه اشتراكهما إذا لم تكن مسرجة. شرنبلالية. **قوله**: (وذو حملها أولى ممن علق كوزه) احتراز عما لو كان له بعض حملها، إذ لو كان لأحدهما من والآخر مائة منّ كانت بينهما كما في التبيين. **قوله**: (لاهدبته) يقال له بالتركي سجق: سعدية. **قوله**: (بخلاف جالسي دار) كذا قال في العناية، ويخالفه ما في البدائع: لو ادعيا داراً[2] وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن وكذلك لو كان أحدهم أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي له، وإن لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج عنها فهي بينهما[3]، وكذا لو كانا جميعاً فيها لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وإنما تثبت بالتصرف اهـ.

تنبيه: قال في البدائع: كل موضع قضى بالملك لأحدهما لكون المدعي في يده يجب عليه اليمين لصاحبه إذا طلب، فإن نكل قضى عليه به. شرنبلالية. **قوله**: (وهنا علم) أي: في الجلوس على البساط، والأولى وهناك **قال الزيلعي**: وكذا إذا كانا جالسين عليه فهو بينهما بخلاف ما إذا

(1) **قال الرافعي**: **قوله**: (أقول: لكن في «الهداية» والملتقى مثل ما في المتن) لكن ما قال في شرح «الملتقى» واختار القدوري ظاهر الرواية حيث قال: تنازعا في دابة أحدهما راكب في السرج والآخر رديفه قضى بالدابة بينهما.

(2) **قال الرافعي**: **قوله**: (ويخالفه ما في «البدائع» لو ادّعيا داراً إلخ) فيه أن كلام المصنف في الجلوس لا في السكنى وكلام البدائع فيها، وفرق بينهما فإنها تصرف في العقار كإحداث البناء أو الحفر فيه، وقول «البدائع» في مسألة دخول أحدهما فهي بينهما أي: لا بطريق القضاء، بل بحكم الاستواء بينهما لعدم العلم بيد لغيرهما تأمل. ثم رأيت في السندي نقلاً عن «الكافي» عند قول المصنف: فيما يأتي أو تصرف فيها، فإن لبن إلخ لو شهد أنه ساكن في هذه الدار أو لابس هذا الثوب أو هذا الخاتم أو راكب هذه الدابة أو حامل هذا الثوب يقبل، لأنهما شهدا باليد المتصرفة اهـ. وفي «تتمة الفتاوى» من الفصل الثالث من مسائل التناقض: أقرّ أن فلاناً سكن هذه الدار، ثم أقام بينة أنها له تقبل لأن هذا إقرار منه باليد لفلان، واليد المعاينة لا تمنع قبول البينة فالمقر بها أولى اهـ. وفي «الولوالجية» من الفصل الرابع من أدب القضاء أن اليد تثبت على الدابة بالركوب، وعلى الثوب بالحمل، ولا تثبت بالقعود على البساط أو النوم على الفراش.

(3) **قال الرافعي**: **قوله**: (ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج عنها، فهي بينهما) أي: لا يرجح الداخل على الخارج، بل تكون لهما إن أثبتا دعواهما على واضع اليد.

(الحائط لمن جذوعه عليه أو متصل به اتصال تربيع) بأن تتداخل أنصاف لبناته في لبنات الآخر ولو من خشب فبأن تكون الخشبة مركبة في الأخرى لدلالته على أنهما بنيا معاً ولذا سمي بذلك لأنه حينئذ يبني مربعاً (لا لمن له) اتصال ملازقة أو نقب وإدخال أو (هرادي) كقصب وطبق يوضع على الجذوع (بل) يكون (بين الجارين لو

كانا جالسين في دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها لاحتمال أنها في يد غيرهما، وهما علم أنه ليس في يد غيرهما اهـ. قوله: (لمن جذوعه عليه) ولو كان لأحدهما جذع أو جذعان دون الثلاثة وللآخر عليه ثلاثة أجذاع أو أكثر ذكر في النوازل: أن الحائط يكون لصاحب الثلاثة ولصاحب ما دون الثلاثة موضع جذعة. قال: وهذا استحسان وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخراً. وقال أبو يوسف: إن القياس أن يكون الحائط بينهما نصفين، وبه كان أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه يقول أولاً، ثم رجع إلى الاستحسان. قاضيخان في دعوى الحائط والطريق. وبه أفتى الحامدي، وإذا لزم تعميره فعلى صاحب الخشبة عمارة موضعها كما في الحامدية: يعني ما تحتها من أسفل إلى الأعلى مما شأنه أن تكتفي به الخشبة كما ظهر لي. سائحاني.

ثم قال: وفي البزازية: جدار مشترك بين اثنين لأحدهما عليه حمولة للآخر أن يضع عليه مثل صاحبه إن كان الحائط يحتمل، وإلا يقال لذي الجذوع إن شئت فارفعها ليستوي صاحبك وإن شئت فحط بقدر ما يمكن محمل الشريك اهـ ملخصاً. وفي البزازية أيضاً: جدار بينهما أراد أحدهما أن يبني عليه سقفاً آخر أو غرفة يمنع، وكذا إذا أراد أحدهما وضع السلم يمنع إلا إذا كان في القديم اهـ حامدية. وأفتى فيها بخلافه نقلاً عن العمادية[1] فراجعها. قوله: (أو متصل به اتصال تربيع) ثم في اتصال التربيع هل يكفي من جانب واحد؟ فعلى رواية الطحاوي يكفي، وهذا أظهر، وإن كان في ظاهر الرواية يشترط من جوانبه الأربع، ولو أقاما البينة قضى لهما ولو أقام أحدهما قضى له. خلاصة حامدية. كذا في الهامش. وإن كان كلا الاتصالين اتصال تربيع أو اتصال مجاورة يقضي بينهما، وإن كان لأحدهما تربيع وللآخر ملازقة يقضي لصاحب التربيع، وإن كان لأحدهما تربيع وللآخر عليه جذوع فصاحب الاتصال أولى وصاحب الجذوع أولى من اتصال الملازقة. ثم في اتصال التربيع هل يكفي من جانب واحد؟ فعلى رواية الطحاوي يكفي، وهذا أظهر، وإن كان في ظاهر الرواية يشترط من جوانبه الأربع، ولو أقاما البينة قضى لهما ولو أقام أحدهما البينة قضى له. خلاصة وبزازية. كذا بخط منلا علي قوله: (في لبنات الآخر) انظر ما في الزيلعي عن الكرخي وقد أشبع الكلام هنا رحمه الله. قوله: (أو نقب) أي: بأن نقب وأدخلت الخشبة، وهذا فيما لو كان من خشب. قوله: (أو هرادي) الهرادي جمع هردية: قصبات تضم

(1) قال الرافعي: قوله: (وأفتى فيها بخلافه نقلاً عن «العمادية») موضوع ما في «العمادية» ما إذا لم يكن على الجدار جذوع لأحدهما، وانظرها في الفصل الخامس والثلاثين، والمستفاد من قول البزازي سقفاً آخر أن الجدار المشترك مشغول.

تنازعا) ولا يخص به صاحب الهرادي بل صاحب الجذع الواحد أحق منه. خانية. ولو لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فلذي الاتصال وللآخر حق الوضع، وقيل لذي الجذوع. ملتقى. وتمامه في العيني وغيره. وأما حق المطالبة برفع جذوع وضعت تعدياً فلا يسقط بإبراء ولا صلح وعفو وبيع وإجارة. أشباه من أحكام الساقط لا يعود، فليحفظ (وذو بيت من دار) فيها بيوت كثيرة (كذي بيوت) منها (في حق ساحتها فهي بينهما نصفين) كالطريق (بخلاف الشرب) إذا تنازعا فيه ....

ملوية بطاقات من أقلام يرسل عليها قضبان الكرم. كذا في الهامش. وفي منهوّات العزمية: الهردية بضم الهاء وسكون الراء المهملة وكسر الدال المهملة والياء المشددة، والهرادي بفتح الهاء وكسر الدال اهـ. قوله: (ولو لأحدهما جذوع) قال منلا علي: وإن كانت جذوع أحدهما أسفل وجذوع الآخر أعلى بطبقة وتنازعا في الحائط، فإنه لصاحب الأسفل لسبق يده ولا ترفع جذوع الأعلى. عمادية في الفصل الخامس والثلاثين، ومثله في الفصولين. قوله: (وإجارة) أي: إجارة داره[1]. قوله: (أشباه من أحكام الساقط لا يعود) رجل استأذن جاراً له في وضع جذوع له على حائط الجار أو في حفر سرداب تحت داره فأذن له في ذلك ففعل، ثم إن الجار باع داره فطلب المشتري رفع الجذوع والسرداب كان له ذلك، إلا إذا كان البائع شرط في البيع ذلك فحينئذ لا يكون للمشتري أن يطلب ذلك. قاضيخان من باب ما يدخل في البيع تبعاً من الفصل الأول، ومثله في البزازية من القسمة، وفي الأشباه من العارية، وراجع السيد أحمد محشيه منلا علي، والمسألة ستأتي في العارية. قوله: (في حق ساحتها) إذا لم يعلم قدر الأنصباء. منية المفتي. قوله: (كالطريق) الطريق يقسم على عدد الرؤوس لا بقدر مساحة الأملاك إذا لم يعلم قدر الأنصباء، وفي الشرب متى جهل قدر الأنصباء يقسم على عدد الأملاك لا الرؤوس. منية.

فرع: الساباط إذا كان على حائط إنسان فانهدم الحائط ذكر صاحب الكتاب أن حمل الساباط وتعليقه على صاحب الحائط لأن حمله مستحق عليه، وبه كان يفتي أبو بكر الخوارزمي، ويريد به أنه يملك مطالبته[2] ببناء الحائط اهـ من الفصل الثالث من كتاب الحيطان لقاسم بن قطلو بغا أهـ من مراصد الحيطان. وقوله: ويريد به إلخ: أي: بقوله، لأن حمله إلخ، كذا ظهر لي فتأمل وانظر ما كتبناه في متفرقات القضاء. قوله: (بخلاف الشرب) دار فيها عشرة أبيات لرجل وبيت واحد لرجل تنازعا في الساحة، أو ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر تنازعا فيه فذلك بينهما نصفان، ولا يعتبر بفضل اليد كما لا اعتبار بفضل الشهود لبطلان الترجيح بكثرة الأدلة.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (أي: إجارة داره) أي: دار صاحب الجدار لذي الجذوع.

(2) قال الرافعي: قوله: (ويريد به أنه يملك مطالبته إلخ) بل الظاهر أن المراد أن رب الساباط يكلف رب الحائط أن يحفظه عن السقوط، بأن يحمله بأخشاب حتى يكون معلقاً إلى أن يبني الحائط.

(فإنه يقدر بالأرض) بقدر سقيها **(برهنا)** أي: الخارجان **(على يد)** لكل منهما **(في أرض قضى بيدهما)** فتنصف **(ولو برهن عليه)** أي: على اليد **(أحدهما أو كان تصرف فيها)** بأن لبن أو بنى **(قضى بيده)** لوجود تصرفه.

(ادعى الملك في الحال وشهد الشهود أن هذا العين كان ملكه تقبل) لأن ما ثبت في زمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل. درر **(صبيّ يعبر عن نفسه)** أي: يعقل ما يقول: **(قال: أنا حر فالقول له)** لأنه في يد نفسه كالبالغ **(فإن قال: أنا عبد فلان)** لغير ذي اليد **(قضى به لذي اليد)** كمن لا يعبر عن نفسه لإقراره بعدم يده **(فلو كبر**

بزازية من الفصل الثالث عشر. وبه علم أن ذلك حيث جهل أصل الملك، أما لو علم كما لو كانت الدار المذكورة كلها لرجل ثم مات عن أولاد تقاسموا البيوت منها فالساحة بينهم على قدر البيوت[1]. قوله: **(بقدر سقيها)** فعند كثرة الأراضي تكثر الحاجة إليه فيتقدر بقدر الأراضي، بخلاف الانتفاع بالساحة فإنه لا يختلف باختلاف الأملاك كالمرور في الطريق. زيلعي.

واعلم أن القسمة على الرؤوس في الساحة والشفعة وأجرة القسام والنوائب: أي: الهوائية المأخوذة ظلماً والعاقلة وما يرمى من المركب خوف الغرق والطريق. كذا بخط الشيخ شاهين أبو السعود. قوله: **(أي الخارجان)** كذا في الدرر والمنح، وعبارة الهداية والزيلعي كغيرهما تفيد أنهما ذوا يد؛ وفي الفصولين: ادعى كل منهما أنه له وفي يده، ذكر محمد في الأصل أنّ على كل منهما البينة وإلا فاليمين، إذ كل منهما مقرّ بتوجه الخصومة عليه لما ادعى اليد لنفسه، فلو برهن أحدهما حكم له باليد ويصير مدعى عليه والآخر مدعياً ولو برهنا يجعل المدعي في يدهما لتساويهما في إثبات اليد، وفي دعوى الملك في العقار لا تسمع إلا على ذي اليد ودعوى اليد تقبل على غير ذي اليد لو نازعه ذلك الغير في اليد فيجعل مدعياً لليد مقصوداً ومدعياً للملك تبعاً اهـ. وفي الكفاية وذكر التمرتاشي: فإن طلب كل واحد يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات، فإن حلفا لم يقض باليد لهما ويبرىء كل عن دعوى صاحبه وتوقف الدار إلى أن يظهر المال، فإن نكلا قضى لكل بالنصف الذي في يد صاحبه، وإن نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان في يد صاحبه بنكوله، وإن كانت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده لأن نكوله ليس بحجة في حق الثالث اهـ. فعلم أن الخارجين قيد اتفاقي[2] فالأولى حذفه. قوله: **(قضى به)** لا يقال الإقرار بالرق من المضار فلا يعتبر من الصبيّ لأنا نقول: لم يثبت بقوله: بل بدعوى ذي اليد لعدم المعارض ولا نسلم أنه

---

(1) قال الرافعي: قوله: (فالساحة بينهم على قدر البيوت) لعله على قدر سهامهم، إذ مع قسمة البيوت تبقى الساحة مشتركة بين الورثة كما كانت، فتكون بينهم على قدر ميراثهم.

(2) قال الرافعي: قوله: (فعلم أن الخارجين قيد اتفاقي إلخ) الأنسب ما في ط أن اليد لا تثبت في العقار بالتصادق، فهما وإن تصادقا على اليد لكن القاضي لا يجعلهما إلا خارجين.

وادعى الحرية تسمع مع البرهان) لما تقرر أن التناقض في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى.

٣ ـ بَابُ دَعْوَى النَّسَبِ

الدعوة نوعان: دعوة استيلاد: وهو أن يكون أصل العلوق في ملك المدعي، ودعوة تحرير: وهو بخلافه والأولى أقوى لسبقه واستنادها لوقت العلوق واقتصار دعوة التحرير على الحال وسيتضح (مبيعة ولدت لأقل من ستة أشهر منذ بيعت فادّعاه) ....

من المضار لإمكان التدارك بعده بدعوى الحرية، ولا يقال: الأصل في الآدمي الحرية فلا تقبل الدعوى بلا بينة وكونه في يده لا يوجب قبول قوله عليه كاللقيط لا يقبل قول الملتقط أنه عبده وإن كان في يده لأنا نقول: إذا اعترض على الأصل دليل خلافه بطل، وثبوت اليد دليل الملك ولا نسلم أن اللقيط إذا عبر عن نفسه وأقرّ بالرق يخالفه في الحكم وإن لم يعبر فليس في يد الملتقط من كل وجه لأنه أمين[1]. زيلعي ملخصاً.

بَابُ دَعْوَى النَّسَبِ

قوله: (الدعوة) أي: بكسر الدال في النسب وبفتحها الدعوة إلى الطعام. قوله: (في ملك المدعي) أي: حقيقة أو حكماً كما إذا وطيء جارية ابنه فولدت وادعاه فإنه يثبت ملكه فيها ويثبت عتق الولد ويضمن قيمتها لولده كما تقدم وجعلها الإتقاني دعوة شبهة. قوله: (واستنادها) عطف علة على معلول قال في الدرر: والأول أقوى لأنه أسبق لاستنادها. ح. قوله: (من ستة أشهر) أفاد أنهما اتفقا على المدة وإلا ففي التاترخانية عن الكافي قال البائع: بعتها منك منذ شهر والولد مني، وقال المشتري: بعتها مني لأكثر من سنة والولد ليس منك فالقول للمشتري بالاتفاق فإن أقاما البينة فالبينة للمشتري أيضاً عند أبي يوسف وعند محمد للبائع، وسيذكره الشارح بقوله: ولو تنازعا وقيد بدعوى البائع إذ لو ادعاه ابنه وكذبه المشتري صدقه البائع أولاً فدعوته باطلة وتمامه فيها. قوله: (فادّعاه) أفاد بالفاء أن دعوته قبل الولادة موقوفة، فإن ولدت حياً ثبت وإلا فلا كما في الاختيار، ويلزم البائع أن الأمة[2] لو كانت بين جماعة فشراها أحدهم فولدت فادعوه جميعاً ثبت منهم عنده وخصاه باثنين وإلا فلا كما في النظم وبالإطلاق أنه لو لم يصدق المشتري البائع وقال: لم يكن العلوق عندك كان القول للبائع بشهادة الظاهر، ....

---

(1) قال الرافعي: قوله: (من كل وجه لأنه أمين) تمامه: والأمين يده قائمة مقام يد غيره، فكانت غير ثابتة حكماً.

(2) قال الرافعي: قوله: (ويلزم البائع أن الأمة إلخ) عبارة الأصل: ويلام البائع إلخ.

البائع (ثبت نسبه) منه استحساناً لعلوقها في ملكه ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض (و) إذا صحت استندت فـ(ـصارت أم ولده فيفسخ البيع ويرد الثمن و) لكن (إذا ادّعاه المشتري قبله ثبت) نسبه (منه) لوجود ملكه وأميتها بإقراره، وقيل يحمل على أنه نكحها واستولدها ثم اشتراها (ولو ادّعاه معه) أي: مع ادعاء البائع (أو بعده لا) لأن دعوته تحرير والبائع استيلاد فكان أقوى كما مر (وكذا) يثبت من البائع (لو ادعاه بعد موت الأم، بخلاف موت الولد) لفوات الأصل (ويأخذه) البائع بعد موت أمه (ويسترد المشتري كل الثمن) وقالا: حصته (وإعتاقهما) أي: إعتاق المشتري الأم والولد كموتهما في الحكم (والتدبير كالإعتاق) لأنه أيضاً لا يحتمل الإبطال ويرد حصته اتفاقاً. ملتقى وغيره. ....

فإن برهن أحدهما فبينته[1] وإن برهنا فبينة المشتري عند الثاني وبينة البائع عند الثالث كما في المنية شرح الملتقى. قوله: (البائع) ولو أكثر من واحد. قهستاني. قوله: (ثبت نسبه) صدقه المشتري أو لا كما في غرر الأفكار وأطلق في البائع، فشمل المسلم والذمي والحر والمكاتب، كذا رأيته معزوًا للاختيار. قوله: (استحساناً) أي: لا قياساً لأن بيعه إقرار منه بأنها أمة فيصير مناقضاً. قوله: (وأميتها) عطف على فاعل ثبت ح. وهذا لو جهل الحال لما سبق في الاستيلاد أنه لو زنى بأمة فولدت فملكها لم تصر أم ولد، وإن ملك الولد عتق عليه، ومر فيه متناً.

استولد جارية أحد أبويه وقال: ظننت حلها لي فلا نسب، وإن ملكه عتق عليه. قال الشارح ثمة: وإن ملك أمه لا تصير أم ولده لعدم ثبوت نسبه. سائحاني. قوله: (بإقراره) ثم لا تصح دعوى البائع بعده لاستغناء الولد بثبوت نسبه، ولأنه لا يحتمل الإبطال. زيلعي. قوله: (ولو ادّعاه) أي: وقد ولدته لدون الأقل. قوله: (بخلاف موت الولد) أي: وقد ولدته دون الأقل فلا يثبت الاستيلاد في الأم لفواته الأصل، فإنه استغنى بالموت عن النسب، وكان الأولى للشارح التعليل بالاستغناء كما لا يخفى، فتدبر. قوله: (كل الثمن) لأنه تبين أنه باع أم ولده وماليتها غير متقوّمة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري، وعندهما متقومة فيضمنها. هداية. قوله: (وقالا حصته) أي: حصة الولد: أي: لا يرد حصة الأم. قوله: (الأم والولد) الواو بمعنى «أو» مانعة الخلو، والظاهر: أنها حقيقية لأحد الشيئين. تأمل. قوله: (كموتهما) حتى لو أعتق الأم لا الولد فادّعاه البائع أنه ابنه صحت دعوته ويثبت نسبه منه، ولو أعتق الولد لا الأم لم تصح دعوته لا في حق الولد ولا في حق الأم كما في الموت. منح. قوله: (ويرد حصته) أي: فيما لو أعتق الأم

(1) قال الرافعي: قوله: (فإن برهن أحدهما فبينته) هذه غير مسألة «التتارخانية» السابقة وموضوعها ما إذا قال المشتري: أصل الحبل لم يكن في ملكك، وإنما اشتريتها وهي حامل، وقال البائع: كان في ملكي كما في السندي.

وكذا حصتها أيضاً على الصحيح من مذهب الإمام كما في القهستاني والبرهان، ونقله في الدرر والمنح عن الهداية على خلاف ما في الكافي عن المبسوط. وعبارة المواهب: وإن ادعاه بعد عتقها أو موتها ثبت منه وعليه ردّ الثمن واكتفيا برد حصته، وقيل لا يرد حصتها في الإعتاق بالاتفاق اهـ. فليحفظ **(ولو ولدت)** الأمةُ المذكورة **(لأكثر من حولين من وقت البيع وصدّقه المشتري ثبت النسب)** بتصديقه **(وهي أم ولده على المعنى اللغوي نكاحاً)** حملاً لأمره على الصلاح. بقي لو ولدت فيما بين الأقل والأكثر، وإن صدقه فحكمه كالأول لاحتمال العلوق قبل بيعه ....

أو دبرها لا الولد. **قوله: (وكذا حصتها)** فصار حاصل هذا أن البائع يرد كل الثمن وهو حصة الأم وحصة الولد في الموت والعتق عند الإمام، ويرد حصة الولد فقط فيهما عندهما. وعلى ما في الكافي: يرد حصته فقط في الإعتاق عند الإمام كقولهما. **قوله: (أيضاً)** أي: في التدبير والإعتاق، وأما في الموت فيرد حصتها أيضاً عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ قولاً واحداً كما يدل عليه كلام الدرر حيث قال: وفيما إذا أعتق المشتري الأم أو دبرها يرد البائع على المشتري حصته من الثمن عندهما، وعنده يردّ كلّ الثمن في الصحيح كما في الموت. كذا في الهداية ح. **قوله: (ونقله في الدرر)** وذكر في المبسوط: يرد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق، وفرق على هذا بين الموت والعتق بأن القاضي كذب البائع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشتري فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب في فصل الموت فيؤاخذ بزعمه فيسترد حصتها. كذا في الكافي اهـ. لكن رجح في الزيلعي كلام المبسوط وجعله هو الرواية فقال بعد نقل التصحيح عن الهداية وهو مخالف الرواية: وكيف يقال: يسترد جميع الثمن والبيع لم يبطل في الجارية حيث لم يبطل إعتاقه، بل يرد حصة الولدفقط بأن يقسم الثمن على قيمتهما، وتعتبر قيمة الأم يوم القبض لأنها دخلت في ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لأنه صار له قيمة بالولادة فتعتبر قيمته عند ذلك اهـ. **قوله: (ما في الكافي)** وهو رد حصته لا حصتها بالاتفاق. **قوله: (لأكثر من حولين)** مثله تمام السنتين إذ لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقيناً وهو الشاهد والحجة: شرنبلالية. **قوله: (ثبت النسب)** وإن ادّعاه المشتري وحده صح وكان دعوة استيلاد، وإن ادعياه معاً أو سبق أحدهما صحت دعوة المشتري لا البائع[1]. تاترخانية. **قوله: (نكاحاً)** بأن زوّجه إياها المشتري وإلا كان زنى. **قوله: (فحكمه كالأول)** فيثبت النسب ويبطل البيع والأمة أم ولد. تاترخانية. **قوله: (قبل بيعه)** قال في التاترخانية: هذا الذي ذكرنا إذا علمت المدة، فإن لم تعلم أنها ولدت لأقل من ستة أشهر أو لأكثر إلى سنتين أو أكثر من وقت البيع، فإن ادّعاه البائع لا يصح إلا بتصديق المشتري، وإن ادّعاه

---

(1) قال الرافعي: قوله: (صحت دعوة المشتري لا البائع) ينبغي أن يقيد ما إذا سبق دعوى البائع بعدم تصديق المشتري له قبل دعواه، وإلا فلا تصح دعوى المشتري.

وإلا لا، ولو تنازعا فالقول للمشتري اتفاقاً، وكذا البينة له عند الثاني خلافاً للثالث. شرنبلالية وشرح مجمع. وفيه: لو ولدت عند المشتري ولدين أحدهما لدون ستة أشهر والآخر لأكثر ثم ادعى البائع الأول ثبت نسبهما بلا تصديق المشتري.

(باع من ولد عنده وادّعاه بعد بيع مشتريه ثبت نسبه) لكون العلوق في ملكه (ورد بيعه) لأن البيع يحتمل النقض (وكذا) الحكم (لو كاتب الولد أو رهنه أو آجره أو كاتب الأم أو رهنها أو آجرها أو زوّجها ثم ادعاه) فيثبت نسبه وترد هذه

المشتري تصح، وإن ادّعياه معاً لا تصح دعوة واحد منهما وإن سبق أحدهما فلو المشتري صحت دعوته، ولو البائع لم تصح دعوة واحد منهما. قوله: (وإلا) أي: بأن كذبه ولم يدعه أو ادعاه أو سكت فهو أعم من قوله: «ولو تنازعا» ح. قوله: (ولو تنازعا) أي: في كونه لأقل من ستة أشهر أو لأكثر كما قدمناه عن التاترخانية. قوله: (والآخر لأكثر) أي: وليس بينهما ستة أشهر. قوله: (وكذا الحكم لو كاتب) أي: المشتري.

واعلم أن عبارة الهداية كذلك: ومن باع عبداً ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادّعاه البائع الأول فهو ابنه ويبطل البيع لأن البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لأجله، وكذلك إذا كاتب الولد أو رهنه وآجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها، ثم كانت الدعوة لأن هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة، بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مر. قال صدر الشريعة: ضمير كاتب إن كان راجعاً إلى المشتري، وكذا في قوله: أو كاتب الأم يصير تقدير الكلام: ومن باع عبداً ولد عنده وكاتب المشتري الأم، وهذا غير صحيح لأن المعطوف عليه بيع الولد لا بيع الأم، فكيف يصح قوله: وكاتب المشتري الأم، وإن كان راجعاً إلى من في قوله: ومن باع عبداً، فالمسألة أن رجلاً كاتب من ولد عنده أو رهنه أو آجره ثم كانت الدعوة فحينئذ لا يحسن قوله: «بخلاف الإعتاق» لأن مسألة الإعتاق التي مرت ما إذا أعتق المشتري الولد، لأن الفرق صحيح إذ يكون[1] بين إعتاق المشتري وكتابته لا بين إعتاق المشتري وكتابة البائع: إذا عرفت هذا فمرجع الضمير في كاتب الولد هو المشتري، وفي كاتب الأم من في قوله: من باع اهـ.

أقول: الأظهر أن المرجع فيهما المشتري، وقوله: لأن المعطوف عليه بيع الولد لا بيع الأم مدفوع بأن المتبادر بيعه مع أمه بقرينة سوق الكلام، ودليل كراهة التفريق بحديث سيد الأنام عليه الصلاة والسلام. نعم كان مقتضى ظاهر عبارة الوقاية أن يقال بالنظر إلى قوله: بعد بيع مشتريه وكذا بعد كتابة الولد ورهنه إلخ، لكنه سهو. واني على الدرر. قوله: (أو كاتب الأم) أي: لو

(1) قال الرافعي: قوله: (لأن الفرق صحيح إذ يكون إلخ) عبارة صدر الشريعة: لأن الفرق الصحيح أن يكون إلخ.

التصرفات، بخلاف الإعتاق كما مر (باعَ أحد التوأمين المولودين) يعني علقاً وولداً (عنده وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع) الولد (الآخر ثبت نسبهما وبطل عتق المشتري) بأمر فوقه وهو حرية الأصل لأنهما علقا في ملكه، حتى لو اشتراها حبلى لم يبطل عتقه لأنها دعوة تحرير فتقتصر. عيني وغيره. وجزم به المصنف ثم قال: وحيلة إسقاط دعوى البائع أن يقر البائع أنه ابن عبده فلان فلا تصح دعواه أبداً. مجتبى. وقد أفاده بقوله: (قال) عمرو (لصبيّ معه) أو مع غيره. عيني (هو ابن زيد) الغائب

كانت بيعت مع الولد فالضمير في الكل للمشتري وبه يسقط ما في صدر الشريعة. قوله: (يعني علقاً) محترزه قوله: «لو اشتراها حبلى». قوله: (ثم ادعى البائع الولد) لأن دعوة البائع صحت في الذي لم يبعه لمصادفة العلوق والدعوى ملكه فيثبت نسبه ومن ضرورته ثبوت الآخر لأنهما من ماء واحد فيلزم بطلان عتق المشتري، بخلاف ما إذا كان الولد واحداً. وتمامه في الزيلعي. قوله: (وهو حرية الأصل) أي: الثابتة بأصل الخلقة، وأما حرية الإعتاق فعارضة. قوله: (لأنهما علقا في ملكه) بخلاف ما إذا كان الولد واحداً حيث لا يبطل فيه إعتاق المشتري، لأنه لو بطل فيه بطل مقصوداً لأجل حق الدعوة للبائع وأنه لا يجوز، وهنا تثبت الحرية في الذي لم يبع ثم تتعدى إلى الآخر، وكم من شيء يثبت ضمناً ولم يثبت مقصوداً. عيني. قوله: (حتى لو اشتراها) أي: البائع، وقوله: «حبلى» وجاءت بهما لأكثر من ستتين. عيني. قوله: (لم يبطل) قال الأكمل: ونوقض بما إذا اشترى رجل أحد توأمين واشترى أبوه الآخر فادعى أحدهما الذي في يده بأنه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان ولم تقتصر الدعوى. وأجيب: بأن ذلك لموجب آخر وهو إن كان الأب فالابن قد ملك أخاه وإن كان هو الابن فالأب قد ملك حافده فيعتق، ولو ولدت توأمين فباع أحدهما ثم ادعى أبو البائع الولدين وكذباه: أي: ابنه البائع والمشتري صارت أم ولده بالقيمة وثبت نسبهما، وعتق الذي في يد البائع ولا يعتق المبيع لما فيه من إبطال ملكه الظاهر بخلاف النسب لأنه لا ضرر فيه. والفرق بينه وبين البائع إذا كان هو المدعي أن النسب ثبت في دعوى البائع بعلوق في ملكه وهنا حجة الأب أن شبهة: «أنت ومالك لأبيك»[1] تظهر في مال ابنه البائع فقط. وتمامه في نسخة السائحاني عن المقدسي. قوله: (لأنها دعوة تحرير) لعدم العلوق في ملكه. قوله: (فتقتصر) بخلاف المسألة الأولى وهو ما إذا كان العلوق في ملكه حيث يعتقان جميعاً لما ذكر أنها دعوة استيلاد فتستند، ومن ضرورته عتقهما بطريق أنهما حرا الأصل، فتبين أنه

---

(١) رواه أبو داود في كتاب: البيوع، باب: في الرجل يأكل من مال ولده. (الحديث: ٣٥٣٠). ورواه ابن ماجه في كتاب: التجارات، باب: ما للرجل من مال ولده (الحديث: ٢٢٩٢). ورواه أحمد في المسند: (الحديث: ٦٦٧٨).
انظر جامع الأصول: ١/ ٣٩٩ (١٩١).

(ثم قال: هو ابني لم يكن ابنه) أبداً (وإن) وصلية (جحد زيد بنوّته) خلافاً لهما لأن النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته حتى لو صدقه بعد تكذيبه صح، ولذا لو قال لصبيّ: هذا الولد مني ثم قال: ليس مني لا يصح نفيه لأنه بعد الإقرار به لا ينتفي بالنفي فلا حاجة إلى الإقرار به ثانياً، ولا سهو في عبارة العمادي كما زعمه منلا خسرو كما أفاده الشرنبلالي، وهذا إذا صدقه الابن[1]، وأما بدونه فلا إلا إذا عاد الابن إلى التصديق لبقاء إقرار الأب، ولو أنكر الأب الإقرار فبرهن عليه الابن قبل، وأما الإقرار بأنه أخوه فلا يقبل لأنه إقرار على الغير.

فروع: لو قال: لست وارثه ثم ادعى أنه وارثه وبين جهة الإرث صح إذ التناقض في النسب عفو، ....

باع حرًا. عيني. قوله: (أبداً) أي: وإن جحد العبد. قوله: (خلافاً لهما) هما قالا: إذا جحد زيد بنوّته فهو ابن للمقر، وإذا صدقه زيد أو لم يدر تصديقه ولا تكذيبه لم تصح دعوة المقر عندهم. درر. قوله: (بعد ثبوته) وهنا ثبت من جهة المقر للمقر له. قوله: (حتى لو صدقه) أي: صدق المقر له المقر. وفي التفريع خفاء[2]. وعبارة الدرر: وله أي: لأبي حنيفة أن النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته والإقرار بمثله لا يرتد بالرد إذا تعلق به حق المقر له، ولو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه، وأيضاً تعلق به حقّ الولد، فلا يرتد برد المقر له فظهر أنه مفرع على تعلق حق المقر له به. قوله: (لا ينتفي بالنفي) وهذا إذا صدقه الابن، أما بمضيّ تصديق فلا يثبت النسب إذا لم يصدقه الابن ثم صدقه ثبتت البنوة، لأن إقرار الأب لم يبطل بعدم تصديق الابن. فصولين. قال جامعه: أظن أن هذه القولة مشطوب عليها فلتعلم. قوله: (في عبارة العمادي) عبارته: هذا الولد ليس مني، ثم قال: هو مني صح، إذ بإقراره بأنه منه ثبت نسبه فلا يصح نفيه ففيها سهو كما قال منلا خسرو: لأنه ليس في العبارة سبق الإقرار على النفي اهـ. كذا في الهامش. قوله: (كما زعمه) تمثيل للمنفي، وقوله: كما أفاده تمثيل للنفي قال في الهامش: وهو عدم السهو، ونصه: والذي يظهر لي أن اللفظة الثالثة وهي قوله: هو مني صح ليس له فائدة في ثبوت صحة النسب، لأنه بعد الإقرار به أولاً، لا ينتفي بالنفي، فلا يحتاج إلى الإقرار به بعده، فليتأمل. قوله: (إذ التناقض إلخ) ذكر في الدرر في فصل الاستشراء فوائد جمة فراجعها.

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (وهذا إذا صدقه الابن إلخ) لا حاجة إليه لأن الكلام في صحة الإقرار بالنسبة للمقر لا المقر له.

(2) قال الرافعي: قوله: (وفي التفريع خفاء إلخ) لا يخفى أنه يتفرع على عدم احتماله النقض بعد ثبوته صحة تصديق المقر له المقر بعد تكذيبه له في إقراره ببقائه وعدم انتقاضه بالرد، فكأنه لم يوجد رد بخلاف ما إذا رد إقراره بالمال مثلاً، ثم صدقه، فإنه لا يصح تصديقه فيه لبطلانه بالرد.

ولو ادعى بنوّة العم لم يصح ما لم يذكر اسم الجد[1]، ولو برهن أنه أقر أني ابنه تقبل لثبوت النسب بإقراره، ولا تسمع إلا على خصم هو وارث أو دائن أو مديون أو موصى له، ولو أحضر رجلاً ليدعي عليه حقاً لأبيه وهو مقرّ به أو لا فله إثبات نسبه بالبينة عند القاضي بحضرة ذلك الرجل، ولو ادعى إرثاً عن أبيه فلو أقرّ به أمر بالدفع إليه ولا يكون قضاء على الأب حتى لو جاء حياً يأخذه من الدافع والدافع على

قوله: (اسم الجد) بخلاف الإخوة فإنها تصح بلا ذكر الجد كما في الدرر.

واعلم أن دعوى الأخوّة ونحوها مما لو أقر به المدعى عليه لا يلزمه لا تسمع ما لم يدع قبله مالاً. قال في الولوالجية: ولو ادعى أنه أخوه لأبويه فجحد: فإن القاضي يسأله: ألك قبله ميراث تدعيه أو نفقة أو حق من الحقوق التي لا يقدر على أخذها إلا بإثبات النسب، فإن كان كذلك يقبل القاضي بينته على إثبات النسب، وإلا فلا خصومة بينهما، لأنه إذا لم يدع مالاً لم يدع حقاً، لأن الأخوة المجاورة بين الأخوين في الصلب أو الرحم، ولو ادعى أنه أبوه وأنكر فأثبته يقبل، وكذا عكسه وإن لم يدع قبله حقاً لأنه لو أقر به صح فينتصب خصماً، وهذا لأنه يدعي حقاً فإن الابن يدعي حقّ الانتساب إليه والأب يدعي وجوب الانتساب إلى نفسه شرعاً. وقال عليه الصلاة والسلام: «مَنِ انْتَسَبَ إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ أَوْ انْتَمَى إِلَى غَيْرِ مَوَالِيهِ فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ وَالمَلاَئِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ» اهـ ملخصاً. وتمامه فيها وفي البزازية. قوله: (أني ابنه) مكرر مع ما قدمه قريباً. قوله: (ولا تسمع) أي: بينة الإرث كما في الفصولين. قوله: (أو دائن) انظر ما صورته، ولعل صورته[2] أن يدّعي ديناً على الميت وينصب له القاضي من يثبت في وجهه دينه، فحينئذ يصير خصماً لمدعي الإرث ومثل ذلك يقال في الموصى له. تأمل. قوله: (أو موصى له) أو الوصي بزازية. كذا في الهامش. قوله: (فلو أقرّ) أي: المدعى عليه وقوله: (به) أي: بالبنوّة وبالموروث. قوله: (ولو

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (ولو ادعى بُنوة العم لم يصح ما لم يذكر اسم الجد) وكذا يشترط ذكر نسب الجد، ففي «البزازية» من الفصل العاشر: وإن ادعى بنوّة العم فمع ذكر الجد يلزم ذكر الأب والأم إلى الجد اهـ، ونحوه في «الخلاصة» من الفصل العاشر و«نور العين» من الفصل السادس، وبهذا أفتى في «المهدية» كما هو مذكور في الجزء الرابع.

(2) قال الرافعي: قوله: (انظر ما صورته، ولعل صورته إلخ) الأظهر في التصوير أن الوارث إذا حضر وادعى أنه وارث بعد إثبات الدائن دينه والموصى له الوصية بوجه شرعي، وادعى ما يفيد سقوط الدين وبطلان الوصية كأدائه ورجوعه عنها، فأنكر كونه وارثاً وأن مخاصمته غير صحيحة يصح إثباته النسب في وجههما، فتتوجه عليهما خصومته بما يبطل دعوى الدين والوصية، أي: يقال في تصويرهما إذا حضر شخص وادعى ديناً على الميت أو وصية من قبله، وأحضر معه شخصاً زاعماً أنه وراثه يصح إثبات وراثته في وجه المدعي، لتتحقق نيابته عن الميت في إثبات الدين أو الوصية عليه.

الابن ولو أنكر قيل للابن برهن على موت أبيك وأنك وارثه ولا يمين، والصحيح تحليفه على العلم بأنه ابن فلان وأنه مات ثم يكلف الابن بالبينة بذلك. وتمامه في جامع الفصولين من الفصل السابع والعشرين (ولو كان) الصبيّ (مع مسلم وكافر فقال المسلم: هو عبدي وقال الكافر: هو ابني فهو حرّ ابن الكافر) لنيله الحرية حالاً والإسلام مآلاً لكن جزم ابن الكمال بأنه يكون مسلماً لأن حكمه حكم دار الإسلام، وعزاه للتحفة فليحفظ (قال زوج امرأة لصبيّ معهما: هو ابني من غيرها وقالت: هو ابني من غيره فهو ابنهما) إن ادعيا معاً، وإلا ففيه تفصيل. ابن كمال. وهذا (لو غير معبر وإلا) بأن كان معبراً (فهو لمن صدّقه) لأن قيام أيديهما وفراشهما يفيد أنه منهما

أنكر) أي: المدعى عليه. قوله: (تحليفه) أي: المنكر. قوله: (على العلم) أي: على نفي العلم بأن يقول: والله لا أعلم أنه ابن فلان إلخ. قوله: (بأنه ابن فلان) الظاهر: أن تحليفه على أنه ليس بابن فلان إنما هو إذا أثبت المدعي الموت، وإلا فلا فائدة في تحليفه إلا على عدم العلم بالموت. تأمل. قوله: (بذلك) أي: بالمال الذي أنكره أيضاً. قوله: (السابع والعشرين) صوابه الفصل الثامن والعشرين. كذا في الهامش. قوله: (وقال الكافر: هو ابني) قال في شرح الملتقى: وهذا إذا ادعياه معاً، فلو سبق دعوى المسلم كان عبداً له، ولو ادعيا البنوة كان ابناً للمسلم إذ القضاء بنسبه من المسلم قضاء بإسلامه. قوله: (والإسلام مآلاً) لظهور دلائل التوحيد لكل عاقل، وفي العكس يثبت الإسلام تبعاً ولا يحصل له الحرية مع العجز عن تحصيلها. درر. قوله: (لكن جزم إلخ) فيه أنه لا عبرة للدار مع وجود أحد الأبوين ح.

قلت: يخالفه ما ذكروا في اللقيط: لو ادعاه ذمي يثبت نسبه منه، وهو مسلم تبعاً للدار وقدمناه في كتابه عن الولوالجية. قوله: (بأنه يكون مسلماً) أي: وابناً للكافر. قوله: (معهما) أي: في يدهما احترز به عما لو كان في يد أحدهما. قال في التاترخانية: وإن كان الولد في يد الزوج أو يد المرأة فالقول للزوج فيهما، وقيد بإسناد كل منهما الولد إلى غير صاحبه لما فيها أيضاً عن المنتقى: صبيّ في يد رجل وامرأة قالت المرأة: هذا ابني من هذا الرجل وقال: ابني من غيرها يكون ابن الرجل ولا يكون للمرأة، فإن جاءت بامرأة شهدت على ولادتها إياه كان ابنها منه وكانت زوجته بهذه الشهادة، وإن كان في يده وادعاه وادعت امرأته أنه ابنها منه وشهدت المرأة على الولادة لا يكون ابنها منه بل ابنه، لأنه في يده، واحترز عما فيها أيضاً: صبيّ في يد رجل لا يدعيه أقامت امرأة أنه ابنها ولدته ولم تسم أباه وأقام رجل أنه ولد في فراشه ولم يسم أمه يجعل ابنه من هذه المرأة، ولا يعتبر الترجيح باليد كما لو ادعاه رجلان وهو في يد أحدهما فإنه يقضي لذي اليد. قوله: (لأن) تعليل للمسألة الأولى فكان الأولى تقديمه على قوله: «وإلا».

قوله: (ولو ولدت أمة) أي: من المشتري وادعى الولد. حموي. قوله: (يوم الخصومة)

(ولو) ولدت أمة اشتراها فاستحقت غرم الأب قيمة الولد يوم الخصومة لأنه يوم المنع **(وهو حر)** لأنه مغرور، والمغرور من يطأ امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق فلذا قال: **(وكذا)** الحكم **(لو ملكها بسبب آخر)** أي سبب كان. عيني **(كما لو تزوّجها على أنها حرة فولدت له ثم استحقت)** غرم قيمة ولده **(فإن مات الولد قبل الخصومة فلا شيء على أبيه)** لعدم المنع كما مر **(وإرثه له)** لأنه حر الأصل في حقه فيرثه **(فإن قتله أبوه أو غيره)** وقبض الأب من ديته قدر قيمته **(غرم الأب قيمته)** للمستحق كما لو كان حياً، ولو لم يقبض شيئاً لا شيء عليه، وإن قبض أقل لزمه بقدره. عيني **(ورجع بها)** أي: بالقيمة في الصورتين **(كـ)**ـما يرجع بـ**(ـثمنها)** ولو هالكة **(على بائعها)** وكذا لو استولدها المشتري الثاني، لكن إنما يرجع المشتري الأول على البائع الأول بالثمن فقط كما في المواهب وغيرها **(لا بعقرها)** الذي أخذه منه المستحق للزومه باستيفاء منافعها كما مر في بابي المرابحة والاستحقاق مع مسائل التناقض، وغالبها مر في متفرقات القضاء ويجيء في الإقرار.

فروع: التناقض في موضع الخفاء عفو.

أي: لا يوم القضاء كما في الشرنبلالية وإليه يشير قوله: لأنه يوم المنع. وتمامه في الشرنبلالية.
قوله: **(أي سبب كان)** كبدل أجرة دار وكهبة وصدقة ووصية إلا أن المغرور لا يرجع بما ضمن في الثلاث كما في أبي السعود. قوله: **(غريم قيمة ولده)** أي: ولا يرجع بذلك على المخبر كما مر في آخر باب المرابحة. قوله: **(فيرثه)** ولا يغرم شيئاً لأن الإرث ليس بعوض عن الولد فلا يقوم مقامه، فلا تجعل سلامة الإرث كسلامته. قوله: **(بالقيمة)** يعني في صورة قتل غير الأب. أما إذا قتله الأب كيف يرجع بما غرم وهو ضمان إتلافه، وقد صرح الزيلعي بذلك: أي: بالرجوع فيما إذا قتله غيره وبعدمه بقتله اهـ شرنبلالية. وعلى هذا فقول الشارح في الصورتين: معناه في صورة قبض الأب من دينه قدر قيمته وصورة قبضه أقل منها، أو المراد صورتا الشراء والزواج كما نقل عن المقدسي. قال السائحاني: قوله: **(في الصورتين)** أي: الشراء والزواج، ولا يرجع على الواهب والمتصدّق والموصي بشيء من قيمة الأولاد مقدسي اهـ. قوله: **(وكذا إلخ)** أي: فإنه يرجع على المشتري الأول بالثمن وقيمة الولد. قوله: **(منافعها)** أي: بالوطء. قوله: **(عفو)** في الأشباه: يعذر الوارث والوصي والمتولي للجهل اهـ. لعله لجهله بما فعله المورّث والموصي والمولى، وفي دعوى الأنقروي في التناقض: المديون بعد قضاء الدين، والمختلعة بعد أداء بدل الخلع لو برهنت على طلاق الزوج قبل الخلع وبرهن على إبراء الدين يقبل. لكن نقل أنه إذا استمهل في قضاء الدين ثم ادعى الإبراء لا يسمع. سائحاني.
قوله: **(لا تسمع الدعوى)** أي: ممن له دين على الميت. قوله: **(على غريم ميت)** الظاهر:

لا تسمع الدعوى على غريم ميت إلا إذا وهب جميع ماله لأجنبي وسلمه له فإنها تسمع عليه لكونه زائداً.

لا يجوز للمدعى عليه الإنكار مع علمه بالحق إلا في دعوى العيب ليبرهن فيتمكن من الرد، وفي الوصي إذا علم بالدين.

لا تحليف مع البرهان إلا في ثلاث: دعوى دين على ميت، واستحقاق مبيع،

أن المراد منه مديون الميت. حموي. قوله: (إلا إذا وهب) استثناء منقطع لأنه ليس غريماً إلا إذا كان في الموهوب عين مغصوبة ونحوها كان خصماً لمدعيها. حموي ملخصاً. قوله: (لكونه زائداً) عبارة الأشباه: زائد. قوله: (لا يجوز للمدعى عليه الإنكار إلخ) قال بعض الفضلاء. يلحق بهذا مدعي الاستحقاق للمبيع، فإنه ينكر الحق حتى يثبت ليتمكن من الرجوع على بائعه، ولو أقر لا يقدر، وأيضاً ادعاء الوكالة أو الوصاية وثبوته لا يكون إلا على وجه الخصم الجاحد[1] كما ذكره قاضيخان، فإن أنكر المدعى عليه ليكون ثبوت الوكالة والوصاية شرعاً صحيحاً يجوز، فيلحق هذا أيضاً بهما ويلحق بالوصي أحد الورثة إذا ادعى عليه الدين، فإنه لو أقر بالحق يلزم الكل من حصته، وإذا أنكر فأقيمت البينة عليه يلزم من حصته وحصتهم. حموي. قوله: (دعوى دين على ميت) أجمعوا على أن من ادعى ديناً على الميت يحلف بلا طلب وصي ووارث بالله ما استوفيت دينك منه، ولا من أحد أدّاه عنه وما قبضه قابض ولا أبرأته ولا شيئاً منه وما أحلت به ولا شيء منه على أحد ولا عندك، ولا بشيء منه رهن. خلاصة. فلو حكم القاضي بالدفع قبل

(1) قال الرافعي: قوله: (وثبوته لا يكون إلا على وجه الخصم الجاحد) ظاهره المنافاة لما يأتي من اجتماع الإقرار مع البينة في الوكالة والوصاية، وحيث أمكن إثباتهما معه لا يكون هنا داع للإنكار، وعبارة قاضيخان أول كتاب الدعوى: ولو ادعى رجل أنه وصي الميت لا تسمع دعواه إلا على وجه خصم جاحد، وخصمه وارث الميت، أو رجل عليه للميت دين، أو رجل أوصى له الميت بوصية لأن للموصى له حقاً في الميراث فكان بمنزلة الوارث، وإن أحضر رجلاً له على الميت دين اختلفوا فيه قال بعضهم: لا يكون هذا الرجل خصماً لمن يدعي أنه وصي الميت، لأن الوصي لا يدعي قبله حقاً، ومنهم من قال: يكون خصماً، وهو الصحيح اهـ، والظاهر في دفع المنافاة أن يقال: إن القصد بعبارتها هذه أن الوصاية كالوكالة لا تثبت مجردة عن حضور الخصم هذا هو المحترز عنه بقوله: وجه خصم جاحد، ولا يشترط جحوده لصحة الإثبات، كما ذكره نفسه في فصل التوكيل بالخصومة، فالجاحد في كلامه ليس قيداً احترازياً، وحينئذ لا يتم ما قاله بعض الفضلاء، ويدل لذلك ما في الفصل السادس من «تتمة الفتاوى» في إثبات الوكالة: إذا ادعى أن فلاناً وكله بطلب كل حق له بالكوفة ويقبضه والخصومة فيه وجاء بالبينة على الوكالة والموكل غائب ولم يحضر الوكيل أحداً للموكل قبله حق، فإن القاضي لا يسمع من شهوده حتى يحضر خصماً جاحداً ذلك أو مقراً به، فحينئذ يسمع اهـ.

ودعوى آبق.

الإقرار لا يجامع البينة إلا في أربع: وكالة ووصاية، وإثبات دين على ميت، واستحقاق عين من مشتر، ودعوى الآبق.

لا تحليف على حق مجهول إلا في ست: إذا اتهم القاضي وصي يتيم، ومتولي وقف، وفي رهن مجهول ودعوى سرقة، وغصب، وخيانة مودع.

لا يحلف المدعي إذا حلف المدعى عليه إلا في مسألة في دعوى البحر. قال: وهي غريبة يجب حفظها. أشباه.

قلت: وهي ما لو قال المغصوب منه: كانت قيمة ثوبي مائة وقال الغاصب:

الاستحلاف لم ينفذ حكمه. وتمامه في أوائل دعوى الحامدية. ومرت في أول كتاب الدعوى تحت قول الماتن: «ويسأل القاضي المدعي بعد صحتها إلخ» ومرت في كتاب القضاء. قوله: (ودعوى آبق) لعل صورتها فيما إذا ادعى على رجل أن هذا العبد عبدي أبق مني وأقام بينة على أنه عبده فيحلف أيضاً لاحتمال أنه باعه. تأمل. ثم رأيت في شرح هذا الشرح نقل عن الفتح هكذا. وعبارته: قال في الفتح: يحلف مدعي الآبق مع البينة بالله أنه أبق على ملكك إلى الآن لم يخرج ببيع ولا هبة ولا غيرها اهـ. قوله: (الإقرار لا يجامع البينة) لأنها لا تقام إلا على منكر، ذكر هذا الأصل في الأشباه في كتاب الإقرار عن الخانية: واستثنى منه أربع مسائل: وهي ما سوى دعوى الآبق، وكذا ذكرها قبله في كتاب القضاء والشهادات، ولم يذكر الخامسة، بل زاد غيرها، وعبارته: لا تسمع البينة على مقرّ إلا في وارث مقر بدين على الميت فتقام البينة للتعدي. وفي مدعى عليه أقر بالوصاية فبرهن الوصي وفي مدعى عليه أقر بالوكالة فيثبتها الوكيل دفعاً للضرر. وفي الاستحقاق: تقبل البينة به مع إقرار المستحق عليه ليتمكن من الرجوع على بائعه. وفيما لو خوصم الأب بحق عن الصبي فأقر لا يخرج عن الخصومة، ولكن تقام البينة عليه مع إقراره بخلاف الوصي، وأمين القاضي إذا أقرّ خرج عن الخصومة وفيما لو أقر الوارث للموصى له، فإنها تسمع البينة عليه مع إقراره. وفيما لو آجر دابة بعينها من رجل ثم من آخر فأقام الأول البينة، فإن كان الآجر حاضراً تقبل عليه البينة. وإن كان يقر بما يدعي اهـ. ملخصاً فهي سبع. قوله: (إلا في أربع) هي سبع كما في الحموي والمذكور هنا خمسة. قوله: (من مشتر) فتقبل البينة به مع إقرار المستحق عليه ليتمكن من الرجوع على بائعه. كذا ذكره في الأشباه. لكن مع إقراره كيف يكون له الرجوع؟ تأمل. قوله: (وفي رهن مجهول) كثوب مثلاً. قوله: (في دعوى البحر) قبيل قوله: «ولا ترد يمين على مدع». قوله: (وهي ما لو قال إلخ) ستأتي هذه المسألة في كتاب الغصب، وكتب المحشي هناك على قوله: فلو لم يبين، فقال: الظاهر أن في النسخة خللاً. لأنه إذا لم يبين فما تلك الزيادة التي يحلف عليها: أي: على نفيها، وفي ظني أن أصل النسخة: فإن بين: يعني

لم أدر ولكنها لا تبلغ مائة صدّق بيمينه وألزم ببيانه، فلو لم يبين يحلف على الزيادة ثم يحلف المغصوب منه أيضاً أن قيمته مائة ولو ظهر خير الغاصب بين أخذه أو قيمته فليحفظ، والله تعالى أعلم.

أنه لو بين حلف على نفي الزيادة التي هي أكثر مما بينه، وأقل مما يدعيه المالك، هذا وينبغي أن يقارب في البيان حتى لو بين قيمة فرس بدرهم لا يقبل منه كما تقدم نظيره اهـ. وكتب على قوله هناك، ولو حلف المالك أيضاً على الزيادة أخذها لم يظهر وجهه[1]، فليراجع اهـ. قوله: (يحلف على الزيادة) أي: التي يدعيها المالك. قوله: (أو قيمته) عطف على الضمير المجرور: أي: أخذ قيمته.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (لم يظهر وجهه) ذكر في «المحيط» أن بعضهم وجه المسألة بأن الإقرار بالمجهول صحيح، وقطع الخصومة بإيصال الحق إلى مستحقه واجب والثياب أجناس، فالقاضي لا يدري أقل ما يصلح أن يكون قيمة هذا الثوب لأن ما من ثوب من جنس إلا وثوب من جنس آخر يكون أقل، ولا يقضي بما قاله المدعي لأن الغاصب حلف على ذلك، وما يقال: إن يمين المغصوب منه يمين المدعي، قلنا: يمينه يمين المدعي من وجه من حيث إن أصل الاستحقاق ثابت بإقرار الغاصب، وإنما الحاجة إلى فصل الخصومة، فكانت بمنزلة يمين المدعى عليه من كل وجه مما يجوز أن يفصل بها الخصومة، فكذا يمين المدعى عليه من وجه.

٢٦ ـــ كِتَابُ الإِقْرَارِ

مناسبته: أن المدعى عليه إما منكر أو مقرّ، وهو أقرب لغلبة الصدق (هو) لغة: الإثبات، يقال قرّ الشيء: إذا ثبت. وشرعاً: (إخبار بحق عليه) للغير (من وجه إنشاء من وجه) قيد بعليه، لأنه لو كان لنفسه يكون دعوى لا إقراراً.

كِتَابُ الإِقْرَارِ

قوله: (وهو أقرب) أي: المقر. قوله: (إخبار بحق عليه) لعله ينتقض بالإقرار بأنه لا حق له على فلان بالإبراء[1] وإسقاط الدين ونحوه كإسقاط حق الشفعة. سعدية. وقد يقال: فيه إخبار بحق عليه وهو عدم وجوب المطالبة. تأمل. قوله: (إنشاء من وجه) هو الصحيح، وقيل إنشاء، وينبني عليه ما سيأتي، لكن المذكور في غاية البيان عن الأستروشنية.

قال الحلواني: اختلف المشايخ في أن الإقرار سبب للملك أم لا. قال ابن الفضل: لا، واستدل بمسألتين: إحداهما: المريض الذي عليه دين إذا أقرّ بجميع ماله لأجنبي يصح بلا إجازة الوارث، ولو كان تمليكاً لا ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم الإجازة. والثانية أن العبد المأذون إذا أقر لرجل بعين في يده يصح، ولو كان تمليكاً يكون تبرعاً منه فلا يصح. وذكر الجرجاني أنه تمليك واستدل بمسائل منها: إن أقر في المرض لوارثه بدين لم يصح ولو كان اخباراً يصح اهـ ملخصاً. فظهر أن ما ذكره المصنف وصاحب البحر جمع بين الطريقتين، وكأن وجهه ثبوت ما استدل به الفريقان. تأمل. قوله: (لأنه لو كان لنفسه) أي: على الغير، ولو للغير على الغير فهو شهادة. قوله: (لا إقراراً) ولا ينتقض بإقرار الوكيل والولي ونحوهما لنيابتهم مناب المنوبات شرعاً. شرح ملتقى.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (بأنه لا حق له على فلان بالإبراء إلخ) عبارة الأصل: وبالإبراء، ثم أجاب عن الإشكال بقوله: إلا أن يقال المعرف هو الإقرار في الأموال، كما يدل عليه ما ذكر في الدليل المعقول اهـ. وفي القهستاني: بحق أي: بما يثبت ويسقط من عين وغيره، لكنه لا يستعمل إلا في حق المالية فيخرج عنه ما دخل من حق التعزير ونحوه.

ثم فرّع على كل من الشبهين فقال: (فلـ) ـلوجه (الأول) وهو الإخبار (صح إقراره بمال مملوك للغير) ومتى أقرّ بملك الغير (يلزمه تسليمه) إلى المقر له (إذا ملكه) برهة من الزمان لنفاذه على نفسه، ولو كان إنشاء لما صح لعدم وجود الملك. وفي الأشباه: أقرّ بحرية عبد ثم شراه عتق عليه ولا يرجع بالثمن، أو بوقفية دار ثم شراها أو ورثها صارت وقفاً مؤاخذة له بزعمه (ولا يصح إقراره بطلاق وعتاق مكرهاً) ولو كان إنشاء لصح لعدم التخلف (وصح إقرار المأذون بعين في يده والمسلم بخمر وبنصف داره مشاعاً والمرأة بالزوجية من غير شهود) ولو كان إنشاء لما صح (ولا تسمع دعواه عليه) بأنه أقر له[1] (بشيء) معين (بناء على الإقرار) له بذلك، به

قوله: (صح إقراره بمال إلخ) ويجبر الغاصب على البيان لأنه أقرّ بقيمة مجهولة، وإذا لم يبين يحلف على ما يدعي المالك من الزيادة، فإن حلف ولم يثبت ما ادعاه المالك يحلف أن قيمته مائة، ويأخذ من الغاصب مائة، فإذا أخذ ثم ظهر الثوب خير الغاصب بين أخذه أو رده، وأخذ القيمة.

وحكي عن الحاكم أبي محمد العيني أنه كان يقول: ما ذكر من تحليف المغصوب منه وأخذ المائة بقيمته من الغاصب هذا بالإنكار يصح، وكان يقول: الصحيح في الجواب أن يجبر الغاصب على البيان، فإن أبى يقول له القاضي: أكان قيمته مائة فإن قال: لا يقول: أكان خمسين؟ فإن قال: لا يقول له: خمسة وعشرين إلى أن ينتهي إلى ما لا تنقص عنه قيمته عرفاً وعادة فيلزمه ذلك. من متفرقات إقرار التاترخانية. قوله: (برهة) أي: قليلاً. قوله: (ولا يرجع) لاقتصار إقراره عليه فلا يتعدى إلى غيره. قوله: (مكرهاً) لقيام دليل الكذب وهو الإكراه والإقرار إخبار يحتمل الصدق والكذب، فيجوز تخلف مدلوله الوضعي عنه. منح. قوله: (لعدم التخلف) أي: لعدم صحة تخلف المدلول الوضعي للإنشاء عنه كذا في الهامش: أي: فإن الإنشاء لا يتخلف مدلوله عنه. قوله: (والمسلم بخمر) حتى يؤمر بالتسليم إليه ولو كان تمليكاً مبتدأ لما صح. وفي الدرر: وفيه إشارة إلى أن الخمر قائمة لا مستهلكة، إذ لا يجب بدلها للمسلم نص عليه في المحيط كما في الشرنبلالية. قوله: (وبنصف داره) أي: القابلة للقسمة. قوله: (بناء على الإقرار) يعني إذا ادعى عليه شيئاً لأنه أقر له به لا تسمع دعواه، لأن الإقرار إخبار لا سبب للزوم المقر به على المقر. وقد علل وجوب المدعى به على المقر بالإقرار، وكأنه قال أطالبه بما لا سبب لوجوبه عليه أو لزومه بإقراره، وهذا كلام باطل. منح. وبه ظهر أن الدعوى بالشيء المعين، بناء على الإقرار كما هو صريح المتن لا بالإقرار بناء على الإقرار، فقوله: بأنه أقر له لا محل له. تأمل. قوله:

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (بأنه أقر له إلخ) في السندي: يعني لو قال المدعي: أدعي على هذا أنه أقر لي بالعبد الفلاني يعني ولم يقل وهو ملكي، وهو معنى قوله بناء على الإقرار له بذلك اهـ.

يفتى لأنه إخبار يحتمل الكذب، حتى لو أقر كاذباً لم يحل له، لأن الإقرار ليس سبباً للملك. نعم لو سلمه برضاه كان ابتداء هبة وهو الأوجه. بزازية **(إلا أن يقول)** في دعواه **(هو ملكي)** وأقر لي به أو يقول: لي عليه كذا وهكذا أقرّ به، فتسمع إجماعاً لأنه لم يجعل الإقرار سبباً للوجوب. ثم لو أنكر الإقرار هل يحلف؟ الفتوى أنه لا يحلف على الإقرار بل على المال، وأما دعوى الإقرار في الدفع فتسمع عند العامة **(ولـ)**ـلوجه **(الثاني)** وهو الإنشاء **(لو ردّ)** المقر له **(إقراره ثم قبل لا يصح)** ولو كان

(لم يحل له) أي: للمقر له. كذا في الهامش. **قوله: (ثم لو أنكر إلخ)** وفي دعوى الدين لو قال المدعى عليه: إن المدعي أقر باستيفائه وبرهن عليه، فقد قيل إنه لا تسمع، لأن دعوى الإقرار في طرق الاستحقاق، إذ الدين يقضى بمثله، ففي الحاصل: هذا دعوى الدين لنفسه فكان دعوى الإقرار في طرق الاستحقاق فلا تسمع ط. ذ. جامع الفصولين وفتاوى قدوري. كذا في الهامش والطاء للمحيط، والذال للذخيرة ومثل ما هو المسطور في جامع الفصولين في البزازية وزاد فيها: وقيل يسمع لأنه في الحاصل يدفع أداء الدين عن نفسه، فكان في طرف، ذكره في المحيط.

وذكر شيخ الإسلام: برهن المطلوب على إقرار المدعي بأنه لا حق له في المدعى أو بأنه ليس بملك له أو ما كانت ملكاً له، تندفع الدعوى إن لم يقر به لإنسان معروف[1] وكذا لو ادعاه بالإرث، فبرهن المطلوب على إقرار المورث كما ذكرنا وتمامه فيها. كذا في الهامش. **قوله: (وأما دعوى الإقرار)** أي بأن المدعي ملك المدعى عليه وأما دعوى الإقرار بالاستيفاء فقيل لا تسمع. **قال في الهامش**: واختلفوا أنه هل يصح دعوى الإقرار في طرق الدفع، حتى لو أقام المدعى عليه بينة أن المدعي أقر أن هذه العين ملك المدعى عليه هل تقبل؟ قال بعضهم: لا تقبل وعامتهم ها هنا على أنها تقبل. درر. **قوله: (ثم قبل لا يصح)** محله فيما إذا كان الحق فيه لواحد[2] مثل الهبة والصدقة، أما إذا كان لهما مثل الشراء والنكاح فلا، وهو إطلاق في محل التقييد، ويجب أن يقيد أيضاً بما إذا لم يكن المقر مصراً على إقراره لما سيأتي من أنه لا شيء له إلا أن يعود إلى تصديقه وهو مصر. حموي وبخط السائحاني عن الخلاصة لو قال لآخر: كنت بعتك العبد بألف فقال لآخر: لم أشتره منك فسكت البائع حتى قال المشتري في المجلس أو

---

(1) قال الرافعي: قوله: (إن لم يقر به لإنسان معروف) في «البزازية» وإن لم يقرّ به إلخ.

(2) قال الرافعي: قوله: (محله فيما إذا كان الحق فيه لواحد إلخ) ومحله أيضاً فيما إذا لم يضفه لغيره متصلاً بالرد، قال في أول إقرار «البحر»: لو ردّ إقراره ثم قبل لا يصح، إلا إذا أضافه إلى غيره متصلاً بالرد كان له اهـ. وفي «تتمة الفتاوى» قبيل إقرار المريض ما نصه: المقر له بالدين إذا أقر أن الدين لفلان وصدقه فلان صح، وحق القبض للأول دون الثاني، لكن مع هذا لو أدى إلى الثاني برىء وجعل الأول كالوكيل والثاني كالموكل.

إخباراً لصح. وأما بعد القبول فلا يرتد بالرد، ولو أعاد المقر إقراره فصدقه لزمه لأنه إقرار آخر، ثم لو أنكر إقراره الثاني لا يحلف ولا تقبل عليه بينة. قال البديع والأشبه قبولها، واعتمده ابن الشحنة وأقره الشرنبلالي **(والملك الثابت به)** بالإقرار **(لا يظهر في حق الزوائد المستهلكة فلا يملكها المقرّ له)** ولو إخباراً لملكها **(أقر حرّ مكلف)** يقظان طائعاً **(أو عبد)** أو صبيّ أو معتوه **(مأذون)** لهم إن أقرّوا بتجارة كإقرار محجور بحد وقود وإلا فبعد عتقه ونائم ومغمى عليه كمجنون، وسيجيء السكران

بعده: بلىٰ اشتريته منك بألف فهو الجائز، وكذا النكاح وكل شيء يكون لهما جميعاً فيه حق، وكل شيء يكون فيه الحق لواحد مثل الهبة والصدقة لا ينفعه إقراره بعد ذلك. **قوله: (فلا يرتد)** لأنه صار ملكه ونفي المالك ملكه عن نفسه عند عدم المنازع لا يصح: نعم لو تصادقا على عدم الحق صح لما مر في البيع الفاسد أنه طاب ربح مال ادعاه على آخر فصدقه على ذلك فأوفاه ثم ظهر عدمه بتصادقهما، فانظر كيف التصادق اللاحق نقض السابق، مع أن ربحه طيب حلال. سائحاني. **قوله: (قال البديع)** هو شيخ صاحب القنية. **قوله: (الزوائد المستهلكة)** يفيد بظاهره أنه يظهر في حق الزوائد الغير المستهلكة وهو مخالف لما في الخانية: قال رجل في يده جارية وولدها أقر أن الجارية لفلان لا يدخل فيه الولد، ولو أقام بينة على جارية أنها له يستحق أولادها، وكذا لو قال: هذا العبد ابن أمتك وهذا الجدي من شاتك لا يكون إقراراً بالعبد وكذا بالجدي فليحرر. حموي س. وقيد بالمستهلكة في الأسروشنية ونقله عنها في غاية البيان. **قوله: (فلا يملكها)** شرى أمة فولدت عنده لا باستيلاده، ثم استحقت ببينة يتبعها ولدها ولو أقرّ بها لرجل لا، والفرق أنه بالبينة يستحقها من الأصل ولذا قلنا: إن الباعة يتراجعون فيما بينهم، بخلاف الإقرار حيث لا يتراجعون ف. ثم الحكم بأمة حكم بولدها وكذا الحيوان إذ الحكم حجة كاملة، بخلاف الإقرار فإنه يتناول الولد لأنه حجة ناقصة وهذا لو الولد بيد المدعى عليه فلو في ملك آخر هل يدخل في الحكم اختلف المشايخ نور العين في آخر السابق ففيه مخالفة لمفهوم كلام المصنف. **قوله: (أقر حر مكلف)** أعلم أن شرطه التكليف والطوع مطلقاً والحرية للتنفيذ للحال لا مطلقاً. فصح إقرار العبد للحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص، ويؤخر ما فيه تهمة إلى ما بعد العتق، والمأذون بما كان من التجارة للحال وتأخر بما ليس منها إلى العتق كإقراره بجناية ومهر موطوءة بلا إذن والصبي المأذون كالعبد فيما كان من التجارة لا فيما ليس منها، كالكفالة وإقرار السكران بطريق محظور صحيح، إلا في حد الزنى وشرب الخمر مما يقبل الرجوع، وإن بطريق مباح لا. منح. وانظر العزمية. **قوله: (إن أقروا بتجارة)** جوابه قول المصنف الآتي: «صح» أي: صح للحال، زاد الشمني. أو ما كان من ضرورات التجارة كالدين والوديعة والعارية والمضاربة والغصب دون ما ليس منها كالمهر والجناية والكفالة لدخول ما كان من باب التجارة تحت الإذن دون غيره اهـ فتال. **قوله: (وقود)** أي: مما لا تهمة فيه فيصح للحال. **قوله: (وإلا)** أي: بأن كان

ومرّ المكره (بحق معلوم أو مجهول) صح لأن جهالة المقر به لا تضرّ إلا إذا بين سبباً تضره الجهالة كبيع وإجارة.

وأما جهالة المقر فتضر كقوله: لك على أحدنا ألف درهم لجهالة المقضيّ عليه إلا إذا جمع بين نفسه وعبده فيصح، وكذا تضر جهالة المقر له إن فحشت كلواحد من الناس عليّ كذا، وإلا لا، كلأحد هذين عليّ كذا فيصح، ولا يجبر على البيان لجهالة المدعى. بحر. ....

مما فيه تهمة. قوله: (تضره الجهالة) لأن من أقر أنه باع من فلان شيئاً أو اشترى من فلان كذا بشيء أو آجر فلاناً شيئاً لا يصح إقراره، ولا يجبر المقر على تسليم شيء. درر. كذا في الهامش. قوله: (بين نفسه وعبده) قال المقدسي: هذا في حكم المعلوم، لأن ما على عبده يرجع إليه في المعنى، لكن إنما يظهر هذا فيما يلزمه في الحال، أما ما يلزمه بعد الحرية فهو كالأجنبي فيه، فإذا جمعه مع نفسه كان كقوله: لك عليّ أو على زيد فهو مجهول لا يصح. ذكره الحموي على الأشباه، فتال. قوله: (علي كذا) بتشديد الياء. قوله: (ولا يجبر على البيان) زاد الزيلعي: ويؤمر بالتذكر لأن المقرّ قد نسيَ صاحب الحق، وزاد في غاية البيان أنه يحلف لكل واحد منهما إذا ادعى. وفي التاترخانية: ولم يذكر أنه يستحلف لكل واحد منهما يميناً على حدة، بعضهم قالوا: نعم، ويبدأ القاضي بيمين أيهما شاء أو يقرع، وإذا حلف لكل لا يخلو من ثلاثة أوجه: إن حلف لأحدهما فقط يقضي بالعبد للآخر فقط، وإن نكل لهما يقضي به وبقيمة الولد بينهما نصفين، سواء نكل لهما جملة بأن حلفه القاضي لهما يميناً واحدة أو على التعاقب بأن حلفه لكل على حدة، وإن حلف فقد برىء عن دعوة كل، فإن أراد أن يصطلحا وأخذ العبد منه لهما ذلك في قول أبي يوسف الأول، وهو قول محمد كما قبل الحلف، ثم رجع أبو يوسف وقال: لا يجوز اصطلاحهما بعد الحلف. قالوا: ولا رواية عن أبي حنيفة اهـ.

فرع: لم يذكر الإقرار العام وذكره في المنح، وصح الإقرار بالعام كما في يدي من قليل أو كثير أو عبد أو متاع أو جميع ما يعرف بي أو جميع ما ينسب إلي لفلان، وإذا اختلفا في عين أنها كانت موجودة وقت الإقرار أو لا فالقول قول المقر، إلا أن يقيم المقر له البينة أنها كانت موجودة في يده وقته.

واعلم أن القبول ليس من شرط صحة الإقرار لكنه يرتد برد المقر له. صرح به في الخلاصة وكثير من الكتب المعتبرة. واستشكل المصنف بناء على هذا قول العمادي وقاضيخان الإقرار للغائب يتوقف على التصديق. ثم أجاب عنه، وبحث في الجواب الرملي.

ثم أجاب عن الإشكال بما حاصله: أن اللزوم غير الصحة، ولا مانع من توقف العمل مع صحته كبيع الفضولي، فالمتوقف لزومه لا صحته، فالإقرار للغائب لا يلزم حتى صح إقراره

ونقله في الدرر لكن باختصار مخلّ كما بينه عزمي زاده (ولزمه بيان ما جهل) كشيء وحق (بذي قيمة) كفلس وجوزة لا بما لا قيمة له كحبة حنطة وجلد ميتة وصبيّ حر لأنه رجوع فلا يصح (والقول للمقر مع حلفه) لأنه المنكر (وإن ادعى المقر له أكثر منه) ولا بينة (ولا يصدق في أقل من درهم في علي مال ومن النصاب) أي: نصاب الزكاة في الأصح. اختيار. وقيل: إن المقر فقيراً فنصاب السرقة وصحح (في مال عظيم) لو بينه (من الذهب والفضة ومن خمس وعشرين من الإبل) لأنها أدنى نصاب يؤخذ من جنسه (ومن قدر النصاب قيمة في غير مال الزكاة ومن ثلاثة نصب في أموال

لغيره[1]، كما لا يلزم من جانب المقر له حتى صح رده. وأما الإقرار للحاضر فيلزم من جانب المقر حتى لا يصح إقراره لغيره به قبل رده، ولا يلزم من جانب المقر له فيصح رده. وأما الصحة فلا شبهة فيها في الجانبين بدون القبول. قوله: (عزمي زاده) وحاصله: أن ما ذكره صاحب الدرر من الجبر إنما هو إذا جهل المقر به لا المقر له، لقول الكافي: لأنه إقرار للمجهول وهو لا يفيد، وفائدة الجبر على البيان إنما تكون لصاحب الحق وهو مجهول. قوله: (كشيء وحق) ولو قال: أردت حق الإسلام لا يصح إن قاله مفصولاً، وإن موصولاً يصح. تاترخانية وكفاية. قوله: (في علي مال) بتشديد الياء. قوله: (ومن النصاب) معطوف على قوله: (من درهم) وكذا المعطوفات بعده. قوله: (وقيل إن المقر إلخ) قال الزيلعي: والأصح أن قوله: يبنى على حال المقر في الفقر والغنى، فإن القليل عند الفقير عظيم، وأضعاف ذلك عند الغني ليس بعظيم، وهو في الشرح متعارض، فإن المائتين في الزكاة عظيم، وفي السرقة والمهر العشرة عظيمة فيرجع إلى حاله. ذكره في النهاية وحواشي الهداية معزياً إلى المبسوط. شرنبلالية. وذكر في الهامش عن الزيلعي: وينبغي على قياس ما روي عن أبي حنيفة أن يعتبر فيه حال المقر. شرنبلالية. قوله: (في مال عظيم) برفع مال وعظيم. قوله: (لو بينه) بأن قال: مال عظيم من الذهب أو قال من الفضة. قوله: (ومن خمس وعشرين) أي: ولا يصدق في أقل من خمس وعشرين لو قال: مال عظيم من الإبل. قوله: (ومن قدر النصاب قيمة) بنصب قيمة. قوله: (ومن ثلاثة نصب) في أيّ جنس سماه تحقيقاً لأدنى الجمع، حتى لو قال: من الدراهم كان ستمائة درهم، وكذا في كل جنس يريده حتى لو قال: من الإبل يجب عليه من الإبل خمس وسبعون. كفاية.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (حتى صح إقراره لغيره إلخ) نقل صحة إقراره لغيره في «المنح» عن «الخانية» لكن ذكر السندي في باب الاستثناء عند قول المصنف: هذا الألف وديعة فلان بل فلان رواية أخرى تفيد عدم صحة الإقرار الثاني ونصه: روى ابن سماعة عن أبي يوسف لو قال: هذه الألف أودعنيها فلان بل فلان والأول غائب فأخذه الثاني، ثم حضر الأول فإن أخذ مثلها من المقر لم يرجع المقر بها على المدفوع إليه، وإن أخذها من المدفوع إليه رجع المدفوع إليه بمثلها على المقر، كذا في «المحيط» اهـ، والأظهر اعتماد هذه الرواية.

عظام) ولو فسره بغير مال الزكاة اعتبر قيمتها كما مر (وفي دراهم ثلاثة و) في (دراهم) أو دنانير أو ثياب (كثيرة عشرة) لأنها نهاية اسم الجمع[1] (وكذا درهماً درهم) على المعتمد ولو خفضه لزمه مائة وفي دريهم أو درهم عظيم درهم، والمعتبر الوزن المعتاد إلا بحجة. زيلعي (وكذا كذا) درهماً (أحد عشر وكذا وكذا أحد وعشرون) لأن نظيره بالواو أحد وعشرون (ولو ثلث بلا واو فأحد عشر) إذ لا نظير له فحمل على التكرار (ومعها فمائة وأحد وعشرون وإن ربع) مع الواو (زيد ألف) ولو خمس زيد عشرة آلاف ولو سدس زيد مائة ألف ....

قوله: (اعتبر قيمتها) ويعتبر الأدنى في ذلك للتيقن به. زيلعي: أي: أدنى النصب من حيث القيمة. أبو السعود. قوله: (اسم الجمع) يعني يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر، فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ كما في الهداية س. قوله: (وكذا) أي: لو قال: له علي كذا درهماً يجب درهم. قوله: (على المعتمد) لأن ما في المتون مقدم على الفتاوى. شرنبلالية. وفي التتمة والذخيرة، درهمان، لأن كذا كناية عن العدد وأقله اثنان، إذ الواحد لا يعد حتى يكون معه شيء وفي شرح المختار: قيل يلزمه عشرون، وهو القياس، لأن أقل عدد ركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون. فتح. قوله: (وكذا كذا درهماً) أي: بالنصب وبالخفض ثلاثمائة، وفي كذا كذا درهماً وكذا كذا ديناراً عليه من كل أحد عشر، وفي كذا كذا ديناراً ودرهماً أحد عشر منهما جميعاً، ويقسم ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير احتياطاً، ولا يعكس لأن الدراهم أقل مالية والقياس خمسة ونصف من كل لكن ليس في لفظه ما يدل على الكسر. غاية البيان ملخصاً. قوله: (ولو ثلث) بأن قال: كذا كذا كذا درهماً. قوله: (إذ لا نظير له) وما قيل نظيره مائة ألف ألف فسهو ظاهر، لأن الكلام في نصب الدرهم وتمييز هذا العدد مجرور ولينظر هل إذا جره يلزمه ذلك؟ وظاهر كلامهم لا. قوله: (ولو خمس زيد إلخ) فيه أنه يضم الألف إلى العشرة آلاف. قوله: (عشرة آلاف) هذا حكاه العيني بلفظ ينبغي لكنه غلط ظاهر[2]، لأن العشرة آلاف تتركب مع الألف بلا واو، فيقال: أحد عشر ألفاً فتهدر الواو التي تعتبر معه ما أمكن، وهنا ممكن فيقال أحد وعشرون ألفاً ومائة وأحد وعشرون درهماً نعم قوله: (ولو سدّس إلخ) مستقيم. سائحاني: أي:

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (لأنها نهاية اسم الجمع) هذا التعليل ذكره في «الهداية» وغيرها ولا يخلو عن تأمل، لأن الوصف بالكثرة لا يقتضي حمل لفظ الجمع على نهايته، إذ هي مشكوكة، والمال لا يجب بالشك.

(2) قال الرافعي: قوله: (لكنه غلط ظاهر إلخ) لعل وجه ما حكاه العيني أنه كما يقال: أحد وعشرون ألفاً إلخ يقال: ألف ومائة وأحد وعشرون وعشرة آلاف، وإن كان فيه تطويل بزيادة حرف العطف، فيحمل اللفظ عليه للتيقن بالأقل تأمل، إلا أنه على هذا يتعين أن يكون المزيد عشرة آلاف، بل يصح تقدير ما دونها.

ولو سبع زيد ألف ألف، وهكذا يعتبر نظيره أبداً (ولو) قال: له (عليّ أو) له (قبلي) فهو (إقرار بدين) لأن عليّ للإيجاب وقبلي للضمان غالباً (وصدق إن وصل به هو وديعة) لأنه يحتمله مجازاً (وإن فصل لا) يصدّق لتقرّره بالسكوت (عندي أو معي أو في بيتي أو) في (كيسي أو) في (صندوقي) إقراراً بالـ(أمانة) عملاً بالعرف (جميع مالي أو ما أملكه له) أو له من مالي أو من دراهمي كذا فهو (هبة لا إقرار) ولو عبر بفي مالي أو بفي دراهمي كان إقراراً بالشركة (فلا بد) لصحة الهبة (من التسليم) بخلاف الإقرار. والأصل أنه متى أضاف المقرّ به إلى ملكه كان هبة، ....

بأن يقال: مائة ألف وأحد وعشرون ألفاً وأحد وعشرون درهماً، وكذا لو سبع زيد قبله ألف، وما ذكره أحسن من قول بعضهم. قوله: (زيد عشرة آلاف) فيه أنه يضم الألف إلى العشرة آلاف، فيقال أحد عشرة، والقياس لزوم مائة ألف وعشرة آلاف إلخ اهـ. لأن أحد وعشرون ألفاً أقل من مائة ألف، وقد أمكن اعتبار الأقل فلا يجب الأكثر ويلزم أيضاً اختلال المسائل التي بعده كلها فيقال لو خمس زيد مائة ألف ولو سدس زيد ألف ألف وهكذا، بخلافه على ما مر فتدبر. قوله: (زيد مائة ألف) فيقال مائة ألف وأحد وعشرون ألفاً ومائة وأحد وعشرون. قوله: (أو قبلي) في بعض النسخ: «وقبلي». قوله: (عندي أو معي) كأنه في عرفهم كذلك، أما العرف اليوم في عندي ومعي للدين، لكن ذكروا علة أخرى تفيد عدم اعتبار عرفنا. قال السائحاني نقلاً عن المقدسي: لأن هذه المواضع محل العين لا الدين، إذ محله الذمة، والعين يحتمل أن تكون مضمونة وأمانة، والأمانة أدنى فحمل عليها، والعرف يشهد له أيضاً. فإن قيل: لو قال: علي مائة وديعة دين أو دين وديعة لا تثبت الأمانة مع أنها أقلهما. أجيب: بأن أحد اللفظين إذا كان للأمانة والآخر للدين، فإذا اجتمعا في الإقرار يترجح الدين اهـ. أي: بخلاف اللفظ الواحد المحتمل لمعنيين. قوله: (بالشركة) قال المقدسي: ثم إن كان متميزاً فوديعة وإلا فشركة. سائحاني. فكان عليه أن يقول: أو بالوديعة. قوله: (بخلاف الإقرار) فإنه لو كان إقراراً لا يحتاج إلى التسليم. قوله: (متى أضاف) ينبغي تقييده بما إذا لم يأت[1] بلفظ «في» كما يعلم مما قبله. قوله: (المقر به) بضم الميم وفتح القاف وتشديد الراء. قوله: (كان هبة) لأن قضية الإضافة تنافي حمله على الإقرار الذي هو إخبار لا إنشاء، فيجعل إنشاء فيكون هبة فيشترط فيه ما يشترط في الهبة. منح. إذا قال: اشهدوا أني قد أوصيت لفلان بألف وأوصيت أن لفلان في مالي ألفاً فالأولى وصية، والأخرى إقرار. وفي الأصل: إذا قال: في وصيته سدس داري لفلان فهو وصية، ولو قال: لفلان سدس في داري

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ينبغي تقييده بما إذا لم يأت إلخ) لا حاجة لهذا التقييد لعدم إضافة الملك في المقر به، بل فيما جعل ظرفاً له.

ولا يرد ما في بيتي لأنها إضافة نسبة لا ملك، ولا الأرض التي حدودها كذا لطفلي فلان فإنه هبة وإن لم يقبضه لأنه في يده، إلا أن يكون مما يحتمل القسمة، فيشترط

فإقرار، لأنه في الأول: جعل له سدس دار جميعها مضاف إلى نفسه وإنما يكون ذلك بقصد التمليك، وفي الثاني: جعل دار نفسه ظرفاً للسدس الذي كان لفلان، وإنما يكون داره ظرفاً لذلك السدس إذا كان السدس مملوكاً لفلان قبل ذلك فيكون إقراراً، أما لو كان إنشاء لا يكون ظرفاً لأن الدار كلها له، فلا يكون البعض ظرفاً للبعض؛ وعلى هذا إذا قال: له ألف درهم من مالي فهو وصية استحساناً إذا كان في ذكر الوصية، وإن قال: في مالي فهو إقرار اهـ: من النهاية أول كتاب الوصية. فقول المصنف: «فهو هبة» أي: إن لم يكن في ذكر الوصية، وفي هذا الأصل خلاف كما ذكره في المنح، وسيأتي في متفرقات الهبة عن البزازية وغيرها: الدين الذي لي على فلان لفلان أنه إقرار، واستشكله الشارح هناك وأوضحناه ثمة فراجعه. قوله: (ولا يرد) أي: على منطوق الأصل المذكور، وقوله: «ولا الأرض» أي: لا يرد على مفهومه، وهو أنه إذا لم يضفه كان إقراراً وقوله: «للإضافة» تقديراً علة لقوله: «ولا الأرض» قوله: (ما في بيتي) وكذا ما في منزلي ويدخل فيه الدواب، التي يبعثها بالنهار وتأوي إليه بالليل وكذا العبيد كذلك كما في التاترخانية أي: فإنه إقرار. قوله: (لأنها إضافة) أي: فإنه أضاف الظرف لا المظروف المقر به. قوله: (ولا الأرض) لا ورود لها على ما تقدم[1] إذ الإضافة فيها إلى ملكه. نعم نقلها في المنح عن الخانية على أنها تمليك، ثم نقل عن المنتقى نظيرتها على أنها إقرار، وكذا نقل عن القنية ما يفيد ذلك حيث قال: إقرار الأب لولده الصغير بعين من ماله تمليك إن أضافه إلى نفسه في الإقرار، وإن أطلق فإقرار كما في سدس داري وسدس هذه الدار، ثم نقل عنها ما يخالفه.

ثم قال: قلت: بعض هذه الفروع يقتضي التسوية بين الإضافة وعدمها، فيفيد أن في المسألة خلافاً، ومسألة الابن الصغير يصح فيها الهبة بدون القبض، لأن كونه في يده قبض فلا فرق بين الإقرار والتمليك، بخلاف الأجنبي، ولو كان في مسألة الصغير شيء مما يحتمل القسمة ظهر الفرق بين الإقرار والتمليك في حقه أيضاً لافتقاره إلى القبض مفرزاً اهـ.

ثم قال: وهنا مسألة كثيرة الوقوع وهي ما إذا أقر لآخر إلخ ما ذكره الشارح مختصراً.

وحاصله: أنه اختلف النقل في قوله: «الأرض التي حدودها كذا لطفلي» هل هو إقرار أو هبة؟ وأفاد أنه لا فرق بينهما إلا إذا كان فيها شيء مما يحتمل القسمة، فتظهر ثمرة الاختلاف في وجوب القبض وعدمه، وكان مراد الشارح الإشارة إلى أن ما ذكره المصنف آخراً يفيد التوفيق بأن يحمل قول من قال: إنها تمليك، على ما إذا كانت معلومة بين الناس أنها ملكه، فتكون فيها

(1) قال الرافعي: قوله: (لا ورود لها على ما تقدم) غير مسلم، نعم ما قبله غير وارد لعدم إضافة المقر به أصلاً.

قبضه مفرزاً للإضافة تقديراً بدليل قول المصنف: أقر لآخر بمعين ولم يضفه، لكن من المعلوم لكثير من الناس أنه ملكه، فهل يكون إقراراً أو تمليكاً؟ ينبغي الثاني فيراعى فيه شرائط التمليك، فراجعه.

(قال لي عليك ألف فقال: أتزنه أو أنتقده أو أجلني به أو قضيتك إياه[1] أو أبرأتني منه أو تصدقت به عليّ أو وهبته لي أو أحلتك به على زيد) ونحو ذلك (فهو إقرار له بها) ....

الإضافة تقديراً، وقول من قال: إنها إقرار، على ما إذا لم تكن كذلك، فقوله: «ولا الأرض» أي: ولا ترد مسألة الأرض التي إلخ على الأصح السابق فإنها هبة: أي: لو كانت معلومة أنها ملكه للإضافة تقديراً، لكن لا يحتاج إلى التسليم كما اقتضاه الأصل لأنها في يده، وحينئذ يظهر دفع الورود. تأمل. قوله: (مفرزاً للإضافة) في بعض النسخ يوجد هنا بين قوله: «مفرزاً» وقوله: «للإضافة» بياض، وفي بعضها لفظ انتهى. وقدمنا قريباً أن قوله: «للإضافة» علة لقوله: «ولا الأرض». قوله: (فهل يكون إقراراً) أقول: المفهوم من كلامهم: أنه إذا أضاف المقر به أو الموهوب إلى نفسه كان هبة، وإلا يحتمل الإقرار والهبة فيعمل بالقرائن، لكن يشكل على الأول ما عن نجم الأئمة البخاري أنه إقرار في الحالتين، وربما يوفق بين كلامهم بأن الملك إذا كان ظاهراً للمملك فهو تمليك، وإلا فهو إقرار إن وجدت قرينة، وتمليك إن وجدت قرينة تدلّ عليه. فتأمل. فإنا نجد في الحوادث ما يقتضيه. رملي. وقال السائحاني: أنت خبير بأن أقوال المذهب كثيرة، والمشهور هو ما مر من قول الشارح: «والأصل إلخ» وفي المنح عن السعدي: أن إقرار الأب لولده الصغير بعين ماله تمليك إن أضاف ذلك إلى نفسه. فانظر لقوله: بعين ماله ولقوله: لولده الصغير، فهو يشير إلى عدم اعتبار ما يعهد بل العبرة للفظ اهـ.

قلت: ويؤيده ما مر من قوله: «ما في بيتي» وما في الخانية جميع ما يعرف بي أو جميع ما ينسب إليّ لفلان قال: الإسكاف إقرار اهـ. فإن ما في بيته وما يعرف به وينسب إليه يكون معلوماً لكثير من الناس أنه ملكه، فإن اليد والتصرف دليل الملك، وقد صرحوا بأنه إقرار، وأفتى به في الحامدية وبه تأيد بحث السائحاني، ولعله إنما عبر في المسألة الأرض بالهبة لعدم الفرق فيها بين الهبة والإقرار إذا كان ذلك لطفله، ولذا ذكرها في المنتقى في جانب غير الطفل مضافة للمقر حيث قال: إذا قال: أرضي هذه وذكر حدودها لفلان أو قال: الأرض التي حدودها كذا لولدي فلان وهو صغير كان جائزاً ويكون تمليكاً، فتأمل والله أعلم. قوله: (فهو إقرار له بها) وكذا لا أقضيكها

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (أو قضيتك إياه) ولا يرد أن غير الحق قد يقضي ويبرأ منه، كما تقدم فيما لو دفع دعوى الدين بذلك، لأن القضاء والإبراء يقتضيان الوجوب حقيقة بدون صارف هنا، بخلاف ما تقدم لوجوده، وهو تقدم الإنكار انظر عبد الحليم.

لرجوع الضمير إليها في كل ذلك. عزمي زاده. فكان جواباً، وهذا إذا لم يكن على سبيل الاستهزاء، فإن كان وشهد الشهود بذلك لم يلزمه شيء، أما لو ادعى الاستهزاء لم يصدق (وبلا ضمير) مثل: أتزن إلخ. وكذا نتحاسب أو ما استقرضت من أحد سواك[1] أو غيرك أو قبلك أو بعدك (لا) يكون إقراراً لعدم انصرافه إلى المذكور فكان كلاماً مبتدأ، والأصل أن كل ما يصلح جواباً لا ابتداء يجعل جواباً، وما يصلح للابتداء ....

أو والله لا أقضيكها[2] ولا أعطيكها فإقرار. وفي الخانية: لا أعطيكها لا يكون إقراراً، ولو قال: أحل غرماءك عليّ أو بعضهم أو من شئت أو من شئت منهم فإقرار بها. مقدسي. وفيه قال أعطني الألف التي لي عليك فقال: اصبر أو سوف تأخذها لا، وقوله: أتزن إن شاء الله إقرار[3] وفي البزازية: قوله: عند دعوى المال ما قبضت منك بغير حق لا يكون إقراراً، ولو قال: بأي سبب دفعته إليّ قالوا: يكون إقراراً، وفيه نظر اهـ. قدمه إلى الحاكم قبل حلول الأجل وطالبه به، فله أن يحلف ما له عليّ اليوم شيء، وهذا الحلف لا يكون إقراراً. وقال الفقيه: لا يلتفت إلى قول من جعله إقراراً. سائحاني. وفي العيني عن الكافي زيادة، ونقله القتال، وذكر في المنح جملةً منها فراجعها. قوله: (لرجوع الضمير إليها) فكأنه قال: أتزن الألف التي لك عليّ قوله: (على سبيل الاستهزاء) أي: بالقرائن. قوله: (إلى المذكور) أي: انصرافاً متعيناً وإلا فهو محتمل. قوله: (والأصل أن كل ما يصلح إلخ) كالألفاظ المارة وعبارة الكافي بعد هذا كما في المنح: فإن ذكر الضمير صلح جواباً لا ابتداء وإن لم يذكره لا يصلح جواباً، أو يصلح جواباً وابتداء فلا يكون إقراراً بالشك. قوله: (جواباً) ومنه ما إذا تقاضاه بمائة درهم فقال: قضيتكها أو أبرأتني. قوله: (لا

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (أو ما استقرضت من أحد سواك إلخ) فإنه يحتمل أنه أراد ما استقرضت من أحد سواك فضلاً عن استقراضي منك، وهو الظاهر ويحتمل ما استقرضت من أحد سواك، بل منك فلا يكون إقراراً بالشك اهـ. سندي.

(2) قال الرافعي: قوله: (وكذا لا أقضيكها أو والله لا أقضيكها إلخ) الذي في المقدسي: والله لا أقضيكها اليوم ونحوه إقرار، لأنه نفاه في وقت معين وذا بعد وجوبه، أما إذا لم يكن عليه يكون منفياً أبداً زيلعي. ومفهومه أنه بدون تقييده باليوم لا يكون إقراراً، ثم ذكر عبارة «الخانية»، ثم ذكر عن «الخلاصة» ما ينافي «الخانية»، وقال: فأنت ترى ما فيه من الاختلاف بذكر الضمير وعدمه، وقال: والذي لم يذكر فيه الكناية يقدر فيه كما في أحل علي غرماءك أي: بها، وبالجملة يلزم الاطلاع في هذا المقام على ما قاله، فإنه أوضح المقام.

(3) قال الرافعي: قوله: (وقوله اتزن إن شاء الله إقرار) الذي في المقدسي بالضمير، ومقتضى الأصل أن يكون سوف تأخذ إقراراً وكان جعله رداً مستفاداً من العرف، ويدل عليه التعبير بسوف تأمل، ثم رأيت السندي علل عدم كونه إقراراً بقوله: لأن هذا يكون استهزاء واستخفافاً به.

لا للبناء أو يصلح لهما يجعل ابتداء لئلا يلزمه المال بالشك. اختيار. وهذا إذا كان الجواب مستقلاً فلو غير مستقل كقوله: نعم كان إقراراً مطلقاً، حتى لو قال: أعطني ثوب عبدي هذا أو افتح لي باب داري هذه أو جصص لي داري هذه أو أسرج دابتي هذه أو أعطني سرجها أو لجامها فقال: نعم كان إقراراً منه بالعبد والدار والدابة. كافي (**قال: أليس لي عليك ألف فقال: بلى فهو إقرار له بها، وإن قال: نعم لا**) وقيل: نعم لأن الإقرار يحمل على العرف لا على دقائق العربية، كذا في الجوهرة، والفرق أن بلى جواب الاستفهام المنفي بالإثبات، ونعم جوابه بالنفي (**والإيماء بالرأس**) من الناطق (**ليس بإقرار بمال وعتق وطلاق وبيع ونكاح وإجارة وهبة، بخلاف إفتاء ونسب وإسلام وكفر**) وأمان كافر وإشارة محرم لصيد والشيخ برأسه في رواية الحديث والطلاق في أنت طالق هكذا وأشار بثلاث إشارة. الأشباه. ويزاد اليمين كحلفه لا يستخدم فلاناً أو لا يظهر سرّه أو لا يدل عليه وأشار حنث. عمادية. فتحرر بطلان إشارة الناطق إلا في تسع فليحفظ (**وإن أقرّ بدين مؤجل وادعى المقر له حلوله**) لزمه الدين (**حالاً**)[1] وعند الشافعي رضي الله عنه مؤجلاً بيمينه (**كإقراره بعبد في يده أنه لرجل وأنه استأجره منه**) فلا يصدق في تأجيل وإجارة لأنه دعوى بلا حجة (**و**) حينئذ (**يستحلف المقرّ له فيهما، بخلاف ما لو أقر بالدراهم السود فكذبه في صفتها**) حيث (**يلزمه ما أقر به فقط**) لأن السود نوع والأجل عارض لثبوته بالشرط، والقول للمقرّ في النوع وللمنكر في العوارض (**كإقرار الكفيل بدين**

للبناء) أي: على كلام سابق بأن يكون جواباً عنه. **قوله: (وهذا)** أي: التفصيل بين ذكر الضمير وعدمه كما يستفاد مما نقلناه قبل. **قوله: (مطلقاً)** أي: ذكر الضمير كقوله: نعم هو لي أو لم يذكره كما مثل **قوله: (لا يستخدم فلاناً)** أي: فأشار إلى خدمته. كذا في الهامش ويأتي في الشرح. **قوله: (إلا في تسع)** ينبغي أن يزاد تعديل الشاهد من العالم بالإشارة فإنها تكفي كما قدمناه في الشهادات فتأمل.

فرع: ذكره في الهامش ادعى بعض الورثة بعد الاقتسام ديناً على الميت يقبل، ولا يكون الاقتسام إبراء عن الدين لأن حقه غير متعلق بالغير، فلم يكن الرضا بالقسمة إقراراً بعدم التعلق، بخلاف ما إذا ادعى بعد القسمة عيناً من أعيان التركة حيث لا تسمع، لأن حقه متعلق بعين التركة

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (وادعى المقر له حلوله لزمه حالاً) في الواقعات: إن هذا إذا لم يصل الأجل بكلامه، أما إذا وصل صدق اهـ. قال الطرابلسي في شرح منظومة «الكنز» وهو قيد حسن اهـ. سندي.

مؤجل) فإن القول له في الأجل لثبوته في كفالة المؤجل بلا شرط **(وشراؤه)** أمة **(متنقبة إقرار بالملك للبائع كثوب في جراب، وكذا الاستيام والاستيداع)** وقبول الوديعة. بحر **(والإعارة والاستيهاب والاستئجار ولو من وكيل)** فكل ذلك إقرار بملك ذي اليد فيمنع دعواه لنفسه ولغيره بوكالة أو وصاية للتناقض، بخلاف إبرائه عن جميع الدعاوى ثم الدعوى بهما لعدم التناقض، ذكره في الدرر قبيل الإقرار،

صورة ومعنى فانتظمت القسمة بانقطاع حقه عن التركة صورة ومعنى، لأن القسمة تستدعي عدم اختصاصه به. بزازية اهـ. **قوله: (بلا شرط)** فالأجل فيها نوع فكانت الكفالة المؤجلة أحد نوعي الكفالة، فيصدق لأن إقراره بأحد النوعين لا يجعل إقراراً بالنوع الآخر. غاية البيان. وقد مرت المسألة في الكفالة عند قوله لك مائة درهم إلى شهر. **قوله: (وشراؤه أمة متنقبة إلخ)** وفي البزازية علل لذلك بقوله: والضابط أن الشيء إن كان مما يعرف وقت المساومة كالجارية القائمة المتنقبة بين يديه لا يقبل إلا إذا صدقه المدعى عليه في عدم معرفته إياها فيقبل، وإن كان مما لا يعرف كثوب في منديل أو جارية قاعدة على رأسها غطاء لا يرى منها شيء يقبل، ولهذا اختلفت أقاويل العلماء اهـ. ويظهر لي أن الثوب في الجراب كهو في المنديل. سائحاني. **قوله: (كثوب)** أي: كشراء ثوب في جراب. **قوله: (وكذا الاستيام)** انظر جامع الفصولين، ونور العين في الفصل العاشر وحاشية الفتال.

فرع: ذكره في الهامش رجل قال لآخر: لي عليك ألف درهم فقال له المدعى عليه: إن حلفت أنها ما لك عليّ دفعتها إليك، فحلف المدعي ودفع المدعى علية الدراهم، قالوا: إن أدى الدراهم بحكم الشرط الذي شرط فهو باطل وللدافع أن يسترد منه لأن الشرط باطل. خانية.
قوله: (والإعارة) الأولى أن يقال: «الاستعارة» كما في جامع الفصولين في العاشر. كذا في الهامش.

فرع: في الهامش: شراه فشهد رجل على ذلك وختم فهو ليس بتسليم، يريد به أنه إذا شهد بالشراء: أي: كتب الشهادة في صك الشهادة وختم على صك الشهادة ثم ادعاه صح دعواه، ولم تكن كتابة الشهادة إقراراً بأنه للبائع، وهذا لأن الإنسان يبيع مال غيره كمال نفسه، والشهادة بالبيع لا تدل على صحته، جامع الفصولين في الرابع عشر. **قوله: (ذكره في الدرر)** الضمير راجع إلى المذكور متناً من قوله: «وكذا إلخ» سوى الإجارة، وإلى المذكور شرحاً، فجميع ذلك مذكور فيها، والضمير في قوله: «وصححه في الجامع إلخ» راجع إلى ما في المتن فقط يدل عليه قول المصنف في المنح، وممن صرح بكونه إقراراً منلا خسرو. وفي النظم الوهباني لعبد البر خلافه.

ثم قال: والحاصل: أن رواية الجامع أن الاستيام والاستئجار والاستعارة ونحوها إقرار بالملك للمساوم منه والمستأجر منه، ورواية الزيادات أنه لا يكون ذلك إقراراً بالملكية وهو الصحيح، كذا في العمادية وحكي فيها اتفاق الروايات على أنه لا ملك للمساوم، ونحوه فيه،

وصححه في الجامع ....

وعلى هذا الخلاف ينبني صحة دعواه ملكاً لما ساوم فيه لنفسه أو لغيره اهـ. وإنما جزمنا هنا بكونه إقراراً أخذاً برواية الجامع الصغير والله تعالى أعلم. **قال السائحاني**: ويظهر لي أنه إن أبدى عذراً يفتى بما في الزيادات من أن الاستيام ونحوه لا يكون إقراراً. وفي العمادية وهو الصحيح، وفي السراجية أنه الأصح، **قال الأنقروي**: والأكثر على تصحيح ما في الزيادات[1] وأنه ظاهر الرواية.

قوله: (وصححه في الجامع) أي: جامع الفصولين وهذه رواية الجامع للإمام محمد، والضمير في «صححه» لكونه إقراراً بالملك لذي اليد. **قال في الشرنبلالية**: كون هذه الأشياء إقراراً بعدم الملك للمباشر متفق عليه، وأما كونها إقراراً بالملك لذي اليد ففيه روايتان: على رواية الجامع يفيد الملك لذي اليد، وعلى رواية الزيادات لا، وهو الصحيح. كذا في الصغرى. وفي جامع الفصولين صحح رواية إفادته الملك فاختلف التصحيح للروايتين، ويبتنى على عدم إفادته ملك المدعى عليه جواز دعوى المقر بها لغيره اهـ. ونقل السائحاني عن الأنقروي أن الأكثر على تصحيح ما في الزيادات، وأنه ظاهر الرواية اهـ.

قلت: فيفتى به لترجحه لكونه ظاهر الرواية وإن اختلف التصحيح.

تتمة: الاشتراء من غير المدعى عليه في كونه إقراراً بأنه لا ملك للمدعي كالاشتراء من المدعى عليه حتى لو برهن يكون دفعاً. قال في جامع الفصولين بعد نقله عن الصغرى أقول: ينبغي أن يكون الاستيداع وكذا الاستيهاب ونحوه كالاستشراء.

مهمة: قال في البزازية: ومما يجب حفظه هنا أن المساومة إقرار بالملك للبائع أو بعدم كونه ملكاً له ضمناً لا قصداً، وليس كالإقرار صريحاً بأنه ملك البائع والتفاوت يظهر فيما إذا وصل إلى يده يؤمر بالرد إلى البائع في فصل الإقرار الصريح، ولا يؤمر في فصل المساومة، وبيانه: اشترى متاعاً من إنسان وقبضه، ثم إن أبا المشتري استحقه بالبرهان من المشتري وأخذه ثم مات الأب وورثه الابن المشتري لا يؤمر برده إلى البائع ويرجع بالثمن على البائع ويكون المتاع في يد المشتري هذا بالإرث، ولو أقر عند البيع بأنه ملك البائع ثم استحقه أبوه من يده ثم مات الأب وورثه الابن المشتري لا يرجع على البائع، لأنه في يده بناء على زعمه بحكم الشراء لما تقرر أن القضاء للمستحق لا يوجب فسخ البيع قبل الرجوع بالثمن اهـ. ذكره في الفصل الأول من كتاب

(1) **قال الرافعي: قوله: (قال الأنقروي: والأكثر على تصحيح ما في «الزيادات» إلخ)** في الفصل الثالث في التناقض من «التتمة» ما نصه: في دعوى «المنتقى» ساكن دار أقر أنه كان يدفع لفلان الأجرة، ثم قال: الدار داري، فالقول له ولا يكون ذلك إقراراً أن الدار لفلان لأنه يقول كان وكيلاً في قبض أجرتها اهـ، ثم ذكر في الفصل الأول من الإقرار أن هذا رواية ابن سماعة عن محمد، وفي رواية هشام عنه يكون إقراراً لمن كان يدفع الأجرة له اهـ، ونقل ذلك الأنقروي عنها وذكر الروايتين في «الخانية» مقدماً رواية ابن سماعة من أنه لا يكون إقراراً ومقتضاه اعتمادها.

خلافاً لتصحيح الوهبانية، ووفق شارحها الشرنبلالي بأنه إن قال: بعني هذا كان إقراراً، وإن قال: أتبيع لي هذا لا يؤيده مسألة كتابته وختمه على صك البيع فإنه ليس بإقرار بعدم ملكه (و) له عليّ (مائة ودرهم كلها دراهم) وكذا المكيل والموزون استحساناً (وفي مائة وثوب ومائة وثوبان يفسر المائة) لأنها مبهمة (وفي مائة وثلاثة أثواب كلها ثياب) خلافاً للشافعي رضي الله عنه.

قلنا: الأثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف التفسير إليهما لاستوائهما في الحاجة إليه (والإقرار بداية في اصطبل تلزمه) الدابة (فقط) والأصل أن ما يصلح ظرفاً إن أمكن نقله لزماه، وإلا لزم المظروف فقط خلافاً لمحمد، وإن لم يصلح لزم الأول كقوله درهم في درهم.

الدعوى، وفيه فروع جمة كلها مهمة فراجعه. قوله: (لتصحيح الوهبانية) أي: في مسألة الاستيام. قوله: (لا) بل يكون استفهاماً[1] وطلب إشهاد على إقراره بإرادة بيع ملك القائل فيلزمه به بعد ذلك[2]. شرنبلالية. قوله: (فإنه ليس بإقرار) أي: فما هنا أولى أو مساو. قال في الهامش: وإن رأى المولى عبده يبيع عيناً من أعيان المولى فسكت لم يكن إذناً، وكذا المرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لم يبطل الرهن. وروى الطحاوي عن أصحابنا: المرتهن إذا سكت كان رضا بالبيع ويبطل الرهن. خانية من كتاب المأذون. قوله: (والموزون) كقوله: مائة وقفيز كذا أو رطل كذا، ولو قال: له نصف درهم ودينار وثوب فعليه نصف كل منها، وكذا نصف هذا العبد وهذه الجارية، لأن الكلام كله وقع بغير عينه أو بعينه فينصرف النصف إلى الكل، بخلاف ما لو كان بعضه غير معين كنصف هذا الدينار ودرهم يجب الدرهم كله. قال الزيلعي[3]: وعلى تقدير خفض الدرهم مشكل.

وأقول: لا إشكال على لغة الجوار، على أن الغالب على الطلبة عدم التزام الأعراب. سائحاني: أي: فضلاً عن العوام، ولكن الأحوط الاستفسار[4]، فإن الأصل براءة الذمة فلعله قصد الجر. تأمل. قوله: (كلها ثياب) لأنه ذكر عددين مبهمين وأردفهما بالتفسير فصرف إليهما لعدم العاطف. منح. قوله: (بحرف العطف) بأن يقول: مائة وأثواب ثلاثة كما في مائة وثوب. قوله: (إن أمكن نقله) كتمر في قوصرة. قوله: (خلافاً لمحمد) فعنده لزماه جميعاً، لأن غصب

---

(1) قال الرافعي: قوله: (بل يكون استفهاماً إلخ) الأظهر ما في ط، ثم لا وجه لهذا التأييد، فإن الاستيام مانع من الدعوى لنفس المساوم، ومسألة الكتابة لا تمنع له ولا لغيره.

(2) قال الرافعي: قوله: (فيلزمه به بعد ذلك) أي: بإقراره الضمني بناء على رواية الجامع.

(3) قال الرافعي: قوله: (قال الزيلعي) حقه المقدسي.

(4) قال الرافعي: قوله: (ولكن الأحوط الاستفسار إلخ) فيه تأمل، فإنه لو قال: مرادي النصف كيف يقبل منه مع أخذ المقر له بظاهر اللفظ.

قلت: ومفاده: أنه لو قال: دابة في خيمة لزماه، ولو قال: ثوب في درهم لزمه الثوب ولم أره، فيحرر (**وبخاتم**) تلزمه (**حلقته وفصه**) جميعاً (**وبسيف جفنه وحمائله ونصله، وبحجلة**) بحاء فجيم: بيت مزين بستور وسرر (**العيدان والكسوة وبتمر في قوصرة أو بطعام في جوالق أو**) في (**سفينة أو ثوب في منديل أو**) في (**ثوب يلزمه الظرف كالمظروف**) لما قدمناه (**ومن قوصرة**) مثلاً (**لا**) تلزمه القوصرة ونحوها

غير المنقول متصوّر عنده. زيلعي. **قوله**: (**في خيمة**) فيه أن الخيمة لا تسمى ظرفاً حقيقة[1]، والمعتبر كونه ظرفاً حقيقة كما في المنح. **قوله**: (**لزماه**) لأن الإقرار بالغصب إخبار عن نقله ونقل المظروف حال كونه مظروفاً لا يتصوّر إلا بنقل الظرف، فصار إقراراً بغصبهما ضرورة، ورجع في البيان إليه لأنه لم يعين، هكذا قرر في غاية البيان وغيرها هنا وفيما بعده، وظاهره: قصره على الإقرار بالغصب، ويؤيده ما في الخانية له عليّ ثوب[2] أو عبد صح، ويقضى بقيمة وسط عند أبي يوسف. وقال محمد: القول له في القيمة اهـ. وفي البحر والأشباه. لا يلزمه شيء اهـ. ولعله قول الإمام. فهذا يدل على أن ما هنا قاصر على الغصب، وإلا لزمه القيمة أو لم يلزمه شيء، ثم رأيته في الشرنبلالية عن الجوهرة حيث قال: إن أضاف ما أقرّ به إلى فعل بأن قال: غصبت منه تمراً في قوصرة لزمه التمر والقوصرة والإبل. ذكره ابتداء وقال: عليّ تمر في قوصرة فعليه التمر دون القوصرة، لأن الإقرار قول والقول بتمييزه البعض[3] دون البعض، كما لو قال: بعت له زعفراناً في سله اهـ ولله الحمد. ولعل المراد بقوله: فعليه التمر قيمته[4]. تأمل. **قوله**: (**لزمه الثوب**) هو ظاهر، ويدل عليه ما يأتي متناً وهو ثوب في منديل أو في ثوب، فإن ما هنا أولى. وفي غاية البيان: ولو قال: غصبتك كذا في كذا والثاني لا يكون وعاء للأول لزماه وفيها: ولو قال: عليّ درهم في قفيز حنطة لزمه الدرهم فقط، وإن صلح القفيز ظرفاً بيانه ما قاله خواهر زاده أنه أقرّ بدرهم في الذمة، وما فيها لا يتصوّر أن يكون مظروفاً في شيء آخر اهـ. ويظهر لي أن هذا في الإقرار ابتداء، أما في الغصب فيلزمه الظرف أيضاً كما في غصبته درهماً في كيس، بناء على ما قدمناه ويفيده التعليل، وعلى هذا التفصيل درهم في ثوب. تأمل. **قوله**: (**جفنه**) بفتح الجيم: أي: غمده. **قوله**: (**وحمائله**) أي: علاقته. قال الأصمعي: لا واحد لها من لفظها وإنما واحدها محمل. عيني. **قوله**: (**في قوصرة**) بالتشديد وقد تخفف مختار. ....

---

(1) **قال الرافعي**: **قوله**: (**فيه أن الخيمة لا تسمى ظرفاً حقيقة**) لا شك أنها ظرف حقيقة لا عرفاً، ولذا لزمه الاصطبل على قول محمد تأمل.

(2) **قال الرافعي**: **قوله**: (**ويؤيده ما في «الخانية» له عليّ ثوب إلخ**) وجه التأييد إلزامه بالقيمة في عبارة «الخانية»، فإنه لو كان الإقرار بالغصب لزمه العين.

(3) **قال الرافعي**: **قوله**: (**والقول بتمييزه البعض إلخ**) أصل العبارة: يتميز به.

(4) **قال الرافعي**: **قوله**: (**ولعل المراد بقوله: فعليه التمر قيمته**) بل يبقى التمر على ظاهره لأنه مثلي.

(كثوب في عشرة وطعام في بيت) فيلزمه المظروف فقط لما مر، إذ العشرة لا تكون ظرفاً لواحد عادة (وبخمسة في خمسة وعنى) معنى على أو (الضرب خمسة) لما مر، وألزمه زفر بخمسة وعشرين (وعشرة إن عنى مع) كما مر في الطلاق (ومن درهم إلى عشرة أو ما بين درهم إلى عشرة تسعة) لدخول الغاية الأولى ضرورة، إذ لا وجود لما فوق الواحد بدونه، بخلاف الثانية وما بين الحائطين فلذا قال: (و) في له (كرّ

قوله: (وطعام في بيت) الأصل في جنس هذه المسائل أن الظرف إن أمكن أن يجعل ظرفاً حقيقة ينظر: فإن أمكن نقله لزماه، وإن لم يمكن نقله لزمه المظروف خاصة عندهما، لأن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في غير المنقول، ولو ادعى أنه لم ينقل المظروف لا يصدق، لأنه أقرّ بغصب تام إذ هو مطلق فيحمل على الكمال. وعند محمد: لزماه جميعاً لأن غصب المنقول متصور عنده، وإن لم يمكن أن يجعل ظرفاً حقيقة لم يلزمه إلا الأول كقولهم: درهم في درهم لم يلزمه الثاني لأنه لا يصلح أن يكون ظرفاً. منح. كذا في الهامش. قوله: (لا تكون ظرفاً) خلافاً لمحمد، لأنه يجوز أن يلف الثوب النفيس في عشرة أثواب. منح كذا في الهامش. قوله: (خمسة) لأن أثر الضرب في تكثير الأجزاء لا في تكثير المال. درر. كذا في الهامش. وفي الولوالجية إن عنى بعشرة في عشرة الضرب فقط أو الضرب بمعنى تكثير الأجزاء فعشرة، وإن نوى بالضرب تكثير العين لزمه مائة. سائحاني. قوله: (وعشرة إن عنى مع) وفي البيانية عليّ درهم مع درهم أو معه درهم لزماه، وكذا قبله أو بعده، وكذا درهم فدرهم أو ودرهم، بخلاف درهم على درهم أو قال: درهم درهم لأن الثاني تأكيد، وله عليّ درهم في قفيز برّ لزمه درهم، وبطل القفيز كعكسه، وكذا له فرق زيت في عشرة مخاتيم حنطة ودرهم ثم درهمان لزمه ثلاثة ودرهم بدرهم واحد لأنه للبدلية اهـ ملخصاً.

وفي الحاوي القدسي: له عليّ مائة ونيف لزمه مائة والقول له في النيف، وفي قريب من ألف عليه أكثر من خمسمائة والقول له في الزيادة. وفي الهامش: لو قال: أردت خمسمائة مع خمسمائة لزمه عشرة لأن اللفظ يحتمله، قال تعالى: ﴿فَادْخُلِي فِي عِبَادِي﴾[1] قيل مع عبادي، فإذا احتمله اللفظ ولو مجازاً ونواه صح، لا سيما إذا كان فيه تشديد على نفسه كما عرف في موضعه. درر اهـ. قوله: (تسعة عند أبي حنيفة) وقالا: يلزمه عشرة، وقال زفر: ثمانية وهو القياس، لأنه جعل الدرهم الأول والآخر حداً والحد لا يدخل في المحدود، ولهما أن الغاية يجب أن تكون موجودة، إذ المعدوم لا يجوز أن يكون حداً للموجود ووجوده يوجبه فتدخل الغايتان، وله أن الغاية لا تدخل لأن الحد يغاير المحدود، لكن هنا لا بد من إدخال الأولى، لأن الدرهم الثاني والثالث لا يتحقق بدون الأولى فدخلت الغاية الأولى ضرورة ولا ضرورة في الثانية. درر. كذا في الهامش، قوله: (بخلاف الثانية) أي: الغاية الثانية. ....

(١) سورة: الفجر (٨٩)، الآية: ٢٩.

حنطة إلى كرّ شعير لزماه) جميعاً **(إلا قفيزاً)** لأنه الغاية الثانية **(ولو قال: له عليّ عشرة دراهم إلى عشرة دنانير يلزمه الدراهم وتسعة دنانير)** عند أبي حنيفة رضي الله عنه لما مر. نهاية **(وفي)** له **(من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط له ما بينهما)** فقط لما مر **(وصح الإقرار بالحمل المحتمل وجوده وقته)** أي: وقت الإقرار بأن تلد لدون نصف حول لو مزوّجة أو لدون حولين لو معتدة لثبوت نسبه **(ولو)** الحمل **(غير آدمي)** ويقدر بأدنى مدة يتصوّر ذلك عند أهل الخبرة. زيلعي.

لكن في الجوهرة: أقل مدة حمل الشاة أربعة أشهر، وأقلها لبقية الدوابّ ستة أشهر **(و)** صح **(له إن بين)** المقر **(سبباً صالحاً)** يتصوّر للحمل **(كالإرث والوصية)** كقوله مات أبوه فورثه أو أوصى له به فلان فيجوز وإلا فلا كما يأتي **(فإن ولدته حياً**

قوله: (إلا قفيزاً) من شعير وعندهما كران. منح. كذا في الهامش. **قوله: (لما مر)** أي: من أن الغاية الثانية لا تدخل لعدم الضرورة.

واعلم أن المراد بالغاية الثانية المتمم للمذكور، فالغاية في إلى عشرة وفي إلى ألف الفرد الأخير، وهكذا على ما يظهر لي. **قال المقدسي:** ذكر الإتقاني عن الحسن أنه لو قال: من درهم إلى دينار لم يلزمه الدينار. وفي الأشباه: عليّ من شاة إلى بقرة لا يلزمه شيء سواء كان بعينه أو لا، ورأيت معزياً لشرحها، قال أبو يوسف: إذا كان بغير عينه فهما عليه، ولو قال: ما بين درهم إلى درهم فعليه درهم عند أبي حنيفة ودرهمان عند أبي يوسف. سائحاني. **قوله: (لما مر)** من أن الغاية الثانية لا تدخل، وأن الأولى تدخل للضرورة: أي: ولا ضرورة هنا. تأمل. وعلل له في البرهان كما في الشرنبلالية بقيامهما بأنفسهما. **قوله: (وصح الإقرار بالحمل)** سواء كان حمل أمة أو غيرها بأن يقول حمل أمتي أو حمل شاتي لفلان، وإن لم يبين له سبباً لأن لتصحيحه وجهاً وهو الوصية من غيره[1]، كأن أوصى رجل بحمل شاة مثلاً لآخر ومات فأقر ابنه بذلك فحمل عليه. **قوله: (المحتمل)** أي: والمتيقن بالأولى، ولعله الأولى أن يقول المتيقن وجوده شرعاً[2]. **قوله: (لثبوت نسبه)** فيكون حكماً بوجوده. **قوله: (لكن في الجوهرة)** الاستدراك على ما تضمنه الكلام السابق من الرجوع إلى أهل الخبرة إذ لا يلزم فيما ذكر. **قوله: (وصح له)** أي: للحمل المحتمل

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (لأن لتصحيحه وجهاً وهو الوصية من غيره إلخ)** كذلك يمكن فيه الميراث بأن أوصى بالأمة إلا حملها، فإنه يصح كل من الوصية والاستثناء، فلو أقر الموصى له بعد قبضها به للوارث صح انظر السندي.

(2) **قال الرافعي: قوله: (ولعل الأولى أن يقول: المتيقن وجوده شرعاً)** قد يقال: إنه حكم بالاحتمال وقت الإقرار لا بعد الوجود، ثم قيد المتن بقوله: بأن تلد إلخ، وليس هذا تصويراً له وفائدة ذكر الاحتمال دفع توهم عدم صحة الإقرار مع عدم التيقن بوجود المقر به.

لأقل من نصف حول) مذ أقرّ **(فله ما أقرّ، وإن ولدت حيين فلهما)** نصفين ولو أحدهما ذكراً والآخر أنثى فكذلك في الوصية، بخلاف الميراث **(وإن ولدت ميتاً فـ)**يرد **(لورثة)** ذلك **(الموصي والمورّث)** لعدم أهلية الجنين **(وإن فسره بـ)**ـما لا يتصور كهبة أو **(بيع أو إقراض أو أبهم الإقرار)** ولم يبين سبباً **(لغا)** وحمل محمد المبهم على السبب الصالح، وبه قالت الثلاثة **(و)** أما **(الإقرار للرضيع)** فإنه **(صحيح وإن بين)** المقر **(سبباً غير صالح منه حقيقة كالإقراض)** أو ثمن مبيع، لأن هذا المقر محل لثبوت الدين للصغير في الجملة. أشباه.

(أقرّ بشيء على أنه بالخيار) ثلاثة أيام **(لزمه بلا خيار)** لأن الإقرار إخبار، فلا يقبل الخيار **(وإن)** وصلية **(صدّقه المقر له)** في الخيار لم يعتبر تصديقه **(إلا إذا أقرّ بعقد)** بيع **(وقع بالخيار له)** فيصح باعتبار العقد إذا صدقه أو برهن فلذا قال: **(إلا أن يكذبه المقر له)** فلا يصح لأنه منكر والقول له **(كإقراره بدين بسبب كفالة على أنه بالخيار في مدة ولو)** المدة **(طويلة)** أو **قصيرة** فإنه يصح إذا صدقه، لأن الكفالة عقد أيضاً، بخلاف ما مر لأنها أفعال لا تقبل الخيار. زيلعي **(الأمر بكتابة الإقرار إقرار حكماً)** فإنه كما يكون باللسان يكون بالبنان، فلو قال للصكاك: اكتب خط إقراري

وجوده وقت الإقرار، بأن جاءت به لدون نصف حول أو لسنتين وأبوه ميت، إذ لو جاءت به لسنتين وأبوه حيّ ووطء الأم له حلال فالإقرار بالحمل، لأنه محال بالعلوق إلى أقرب الأوقات فلا يثبت الوجود وقت الإقرار لا حقيقة ولا حكماً. بيانية وكفاية. قوله: **(بخلاف الميراث)** فإنه فيه للذكر مثل حظ الأنثيين. قوله: **(فإنه صحيح)** لأن الإقرار لا يتوقف على القبول، ويثبت الملك للمقر له من غير تصديق لكن بطلانه يتوقف على الإبطال كما في الأنقروي. سائحاني. والفرق بينه وبين الحمل سيذكره الشارح. قوله: **(في الجملة)** أي: بأن يعقد مع وليه، بخلاف الحمل فإنه لا يلي عليه أحد. قوله: **(لم يعتبر)** ينبغي أن يقول، فإنه لم يعتبر لأن أن وصلية فلا جواب لها ح. قوله: **(أو قصيرة)** الأولى حذفها كما لا يخفى ح. قوله: **(لأنها أفعال)** لأن الشيء المقر به قرض أو غصب أو وديعة أو عارية. قوله: **(بكتابة الإقرار)** بخلاف أمره بكتابة الإجارة وأشهد ولم يحز عنه لا تنعقد أشباه. قوله: **(يكون بالبنان)** بالباء الموحدة والنون، ومقتضى كلامه: أن مسألة المتن من قبيل الإقرار بالبنان، والظاهر: أنها من قبيل الإقرار باللسان بدليل قوله: كتب أم لم يكتب، وبدليل ما في المنح عن الخانية حيث قال: وقد يكون الإقرار بالبنان كما يكون باللسان رجل كتب على نفسه ذكر حق بحضرة قوم أو أملى على إنسان ليكتب ثم قال: اشهدوا عليّ بهذا لفلان كان إقراراً اهـ. فإن ظاهر التركيب أن المسألة الأولى مثال للإقرار بالبنان والثانية للإقرار باللسان فتأمل. ح.

بألف عليّ أو اكتب بيع داري أو طلاق امرأتي صح كتب أم لم يكتب، وحلّ للصكاك أن يشهد إلا في حدّ وقود. خانية. وقدمنا في الشهادات عدم اعتبار مشابهة الخطين (أحد الورثة ....

فرع: ادعى المديون أن الدائن كتب على قرطاس بخطه: أن الدين الذي لي على فلان ابن فلان أبرأته عنه صح وسقط الدين، لأن الكتابة المرسومة المعنونة كالنطق به، وإن لم يكن كذلك لا يصح الإبراء ولا دعوى الإبراء، ولا فرق بين أن تكون الكتابة بطلب الدائن أو لا بطلبه. بزازية من آخر الرابع عشر من الدعوى، وفي أحكام الكتابة من الأشباه: إذا كتب ولم يقل شيئاً لا تحل الشهادة قال القاضي النسفي: إن كتب مصدراً: يعني كتب في صدره أن فلان[1] بن فلان له عليّ كذا أو أما بعد فلفلان عليّ كذا يحل للشاهد أن يشهد وإن لم يقل اشهد عليّ به، والعامة على خلافه لأن الكتابة قد تكون للتجربة، ولو كتب وقرأه عند الشهود وإن لم يشهدهم ولو كتب عندهم وقال: اشهدوا عليّ بما فيه إن علموا بما فيه كان إقراراً، وإلا فلا. وذكر القاضي ادعى على آخر مالاً وأخرج خطًا وقال: إنه خط المدعى عليه بهذا المال فأنكر كونه خطه، فاستكتب وكان بين الخطين مشابهة ظاهرة تدل على أنهما خط كاتب واحد لا يحكم عليه بالمال في الصحيح، لأنه لا يزيد على أن يقول: هذا خطي وأنا حررته، لكن ليس عليّ هذا المال، وثمة لا يجب كذا هنا إلا في دفتر السمسار والبياع والصراف اهـ. وقدمنا شيئاً من الكلام عليها في باب كتاب القاضي وفي أثناء كتاب الشهادات، ومثله في البزازية.

وقال السائحاني: وفي المقدسي عن الظهيرية لو قال: وجدت في كتابي أن له عليّ ألفاً أو وجدت في ذكرى أو في حسابي أو بخطي أو قال: كتبت بيدي أن له عليّ كذا كله باطل، وجماعة من أئمة بلخ قالوا في دفتر البياع: إن ما وجد فيه بخط البياع فهو لازم عليه، لأنه لا يكتب إلا ما على الناس له وما للناس عليه صيانة عن النسيان، والبناء على العادة الظاهرة واجب اهـ.

فقد استفدنا من هذا أن قول أئمتنا لا يعمل بالخط يجري على عمومه، واستثناء دفتر السمسار والبياع لا يظهر، بل الأولى أن يعزى إلى جماعة من أئمة بلخ، وأن يقيد بكونه فيما عليه، ومن هنا يعلم أن رد الطرسوسي العمل به مؤيد بالمذهب فليس إلى غيره نذهب. وانظر ما قدمناه في باب كتاب القاضي إلى القاضي. قوله: (أحد الورثة) وإن صدقوا جميعاً لكن على التفاوت، كرجل مات عن ثلاثة بنين وثلاثة آلاف فاقتسموها وأخذ كل واحد ألفاً فادعى رجل على أبيهم ثلاثة آلاف فصدقه الأكبر في الكل والأوسط في الألفين والأصغر في الألف أخذ من الأكبر

(١) قال الرافعي: قوله: (يعني كتب في صدره أن فلان إلخ) لا تصح هذه العناية، وليست في عبارة «الأشباه»، بل هي إن كتب مصدراً مرسوماً وعلم الشاهد حل له الشهادة على إقراره إلخ.

أقرّ بالدين) المدعى به على مورثه وجحده الباقون **(يلزمه)** الدين **(كله)** يعني إن وفى ما ورثه به. برهان وشرح مجمع **(وقيل حصته)** واختاره أبو الليث دفعاً للضرر،

ألفاً ومن الأوسط خمسة أسداس الألف، ومن الأصغر ثلث ألف عند أبي يوسف. وقال محمد: في الأصغر والأكبر كذلك، والأوسط يأخذ الألف، ووجه كل في الكافي[1].

تنبيه: لو قال المدعى عليه عند القاضي: كل ما يوجد في تذكرة المدعي بخطه فقد التزمته ليس بإقرار، لأنه قيده بشرط لا يلائمه، فإنه ثبت عن أصحابنا رحمهم الله أن من قال: كل ما أقر به علي فلان فأنا مقر به فلا يكون إقراراً لأنه يشبه وعداً. كذا في المحيط شرنبلالية.

في رجل كان يستدين من زيد ويدفع له ثم تحاسبا على مبلغ دين لزيد بذمة الرجل، وأقر الرجل بأن ذلك آخر كل قبض وحساب، ثم بعد أيام يريد نقض ذلك وإعادة الحساب فهل ليس له ذلك الجواب؟ نعم لقول الدرر: لا عذر لمن أقر. سائحاني.

وفيها في شريكي تجارة حسب لهما جماعة الدفاتر فتراضيا وانفصل المجلس وقد ظنا صواب الجماعة في الحساب، ثم تبين الخطأ في الحساب لدى جماعة أخرى، فهل يرجع للصواب؟ الجواب: نعم لقول الأشباه: لا عبرة بالظن البين خطؤه.

في شريكي عنان تحاسبا ثم افترقا بلا إبراء أو بقيا على الشركة ثم تذكر أحدهما أنه كان أوصل لشريكه أشياء من الشركة غير ما تحاسبا عليه فأنكر الآخر ولا بينة فطلب المدعي يمينه على ذلك، فهل له ذلك لأن اليمين على من أنكر؟ الجواب: نعم اهـ. **قوله: (أقر بالدين)** سيأتي في الوصايا قبيل باب العتق في المرض. **قوله: (وقيل حصته)** عبر عنه بقيل، لأن الأول ظاهر الرواية كما في فتاوى المصنف، وسيجيء أيضاً وهذا بخلاف الوصية، لما في جامع الفصولين: أحد الورثة لو أقر بالوصية يؤخذ منه ما يخصه وفاقاً، وفي مجموعة منلا علي عن العمادية في الفصل التاسع والثلاثين: أحد الورثة إذا أقر بالوصية يؤخذ منه ما يخصه بالاتفاق، وإذا مات وترك ثلاثة

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (ووجه كل في «الكافي»)** وجه ما قاله أبو يوسف أن الكل اتفقوا على الثلث، فيأخذ المقر له من يد كل واحد منهم ثلث الألف، ومتى أخذ وصل إليه كل ما أقر به الأصغر، ثم اتفق الأوسط والأكبر على ألف آخر فيأخذ من كل واحد منهما نصفه، فبقي في يد الأوسط سدس الألف، فهو له وفي يد الأكبر سدس الألف فيأخذه منه، لأنه مقر أن الدين مستغرق ولا إرث له، ووجه قول محمد أن زعم الأصغر أن المدعي ادعى ثلاثة آلاف ألفاً بحق وألفين بغير حق، فإذا أخذ من الأكبر ألفاً، فقد أخذ ثلث الألف بحق والثلثين بغير حق، والأوسط يقول: إن دعوى المدعي في الألفين بحق، وفي الألف بغير حق، فإذا أخذ الألف من الأكبر فقد أخذ ثلثيها بحق وثلثها بغير حق، وزعم الأصغر أنه بقي من دعواه ثلثا الألف، وزعم الأوسط أنه بقي من دعواه ألف وثلث فتصادقا على ثلثي الألف، فيأخذ من كل واحد نصف ما اتفقا عليه وذا ثلث الألف، فبقي من إقرار الأوسط ثلثا الألف، وفي يده ذلك فله أن يأخذ ذلك فلم يبق في يده شيء اهـ. «كافي النسفي».

ولو شهد هذا المقر مع آخر أن الدين كان على الميت قبلت، وبهذا علم أنه لا يحل الدين في نصيبه بمجرد إقراره، بل بقضاء القاضي عليه بإقراره، فلتحفظ هذه الزيادة. درر.

(أشهد على ألف ....

بنين وثلاثة آلاف درهم، فأخذ كل ابن ألفاً فادعى رجل أن الميت أوصى له بثلث ماله وصدقه أحد الابنين فالقياس أن يؤخذ منه ثلاثة أخماس[1] ما في يده، وهو قول زفر. وفي الاستحسان: يؤخذ منه ثلث ما في يده، وهو قول علمائنا رحمهم الله. لنا أن المقر أقر بألف شائع في الكل ثلث ذلك في يده وثلثاه في يد شريكيه، فما كان إقراراً فيما في يده يقبل، وما كان إقراراً في يد غيره لا يقبل فوجب أن يسلم إليه: أي: إلى الموصى له ثلث ما في يده اهـ. قوله: (ولو شهد هذا المقر مع آخر) وفي جامع الفصولين ح: ينبغي للقاضي أن يسأل المدعى عليه هل مات مورثك؟ فإن قال: نعم، يسأله عن دعوى المال، فلو أقر وكذبه بقية الورثة ولم يقض بإقراره حتى شهد هذا المقر وأجنبي معه يقبل ويقضي على الجميع، وشهادته بعد الحكم عليه بإقراره لا تقبل، ولو لم يقم البينة أقر الوارث أو نكل، ففي ظاهر الرواية يؤخذ كل الدين من حصة المقر لأنه مقر بأن الدين مقدم على إرثه، وقال ث: هو القياس، ولكن المختار عندي أن يلزمه ما يخصه، وهو قول الشعبي والحسن البصري ومالك وسفيان وابن أبي ليلى وغيرهم ممن تابعهم. وهذا القول أعدل وأبعد من الضرر به، ولو برهن لا يؤخذ منه إلا ما يخصه وفاقاً انتهى. بقي ما لو برهن على أحد الورثة بدينه بعد قسمة التركة، فهل للدائن أخذه كله من حصة الحاضر؟ قال المصنف في فتاواه: اختلفوا فيه، فقال بعضهم: نعم، فإذا حضر الغائب يرجع عليه. وقال بعضهم: لا يأخذ منه إلا ما يخصه اهـ ملخصاً.

وفي جامع الفصولين أيضاً: وكذا لو برهن الطالب على هذا المقر تسمع البينة عليه كما في وكيل قبض العين لو أقرّ من عنده العين أنه وكيل بقبضها لا يكفي إقراره، ويكلف الوكيل إقامة البينة على إثبات الوكالة حتى يكون له قبض ذلك فكذا هنا اهـ. قوله: (بمجرد إقراره) ولو كان الدين يحل في نصيبه بمجرد الإقرار ما قبلت شهادته لما فيه من دفع المغرم عنه. باقاني ودرر. كذا في الهامش. قوله: (أشهد على ألف إلخ) نقل المصنف في المنح عن الخانية روايتين عن الإمام ليس ما في المتن واحدة منهما: إحداهما: أن يلزمه المالان إن أشهد في المجلس. الثاني: عين الشاهدين الأولين، وإن أشهد غيرهما كان المال واحداً. وأحراهما أنه إن أشهد على كل إقرار شاهدين يلزمه المالان جميعاً، سواء أشهد على إقراره الثاني الأولين أو غيرهما اهـ. فلزوم المالين

(1) قال الرافعي: قوله: (فالقياس أن يؤخذ منه ثلاثة أخماس إلخ) ووجه القياس أنه قد أقر أن الموصى له يستحق ثلاثة أثلاث ألف من التركة وهو ثلثا الألف، وإقراره إنما ينفذ على ما في يده فيقسم أخماساً.

في مجلس وأشهد رجلين آخرين في مجلس آخر) بلا بيان السبب (لزم) المالان (ألفان) كما لو اختلف السبب، بخلاف ما لو اتحد السبب أو الشهود أو أشهد على صكّ واحد أو أقرّ عند الشهود ثمّ عند القاضي أو بعكسه. ابن ملك. والأصل أن المعرف أو المنكر إذا أعيد معرّفاً كان الثاني عين الأول أو منكراً فغيره، ......

إن أشهد في مجلس آخر آخرين ليس واحداً مما ذكر. ونقل في الدرر عن الإمام الأولى وأبدل الثانية بما ذكره المصنف متابعة له، واعترضه في العزمية بما ذكرنا وأنه ابتداع قول ثالث غير مسند إلى أحد ولا مسطور في الكتب. قوله: (في مجلس آخر) بخلاف ما لو أشهد أولاً واحداً وثانياً آخر في موطن أو موطنين فالمال واحد اتفاقاً، وكذا لو أشهد على الأول واحداً وعلى الثاني أكثر في مجلس آخر فالمال واحد عندهما، وكذا عنده على الظاهر. منح. قوله: (لزم ألفان) واعلم أن تكرار الإقرار لا يخلو إما أن يكون مقيداً بسبب أو مطلقاً. والأول على وجهين إما بسبب متحد فيلزم مال واحد وإن اختلف المجلس، أو بسبب مختلف فمالان مطلقاً، وإن كان مطلقاً فإما بصك أو لا. والأول على وجهين: إما بصك واحد فالمال واحد مطلقاً، أو بصكين فمالان مطلقاً. وأما الثاني فإن كان الإقرار في موطن واحد يلزم مالان عنده وواحد عندهما، وإن كان في موطنين، فإن أشهد على الثاني شهود الأول فمال واحد عنده إلا أن يقول المطلوب هما مالان، وإن أشهد غيرهما فمالان وفي موضع آخر عنه على عكس ذلك، وهو إن اتحد الشهود فمالان عنده، وإلا فواحد عندهما. وأما عنده فاختلف المشايخ، منهم من قال: القياس على قوله: مالان، وفي الاستحسان مال واحد، وإليه ذهب السرخسي. ومنهم من قال: على قول الكرخي: مالان، وعلى قول الطحاوي: واحد، وإليه ذهب شيخ الإسلام، ملخصاً من التاترخانية وكل ذلك مفهوم من الشرح.

وبه ظهر أن ما في المتن رواية منقولة، وأن اعتراض العزمية على الدرر مردود حيث جعله قولاً مبتدعاً غير مسطور في الكتب، مستنداً إلى أنه في الخانية حكي في المسألة روايتين الأولى لزوم مالين إن اتحد الشهود، وإلا فمال، الثانية لزوم مالين إن أشهد على كل إقرار شاهدين اتحدا أو لا، وقد أوضح المسألة في الولوالجية فراجعها. قوله: (كما لو اختلف السبب) ولو في مجلس واحد، في البزازية جعل الصفة كالسبب حيث قال: إن أقر بألف بيض ثم بألف سود فمالان، ولو ادعى المقر له اختلاف السبب وزعم المقر اتحاده أو الصك أو الوصف فالقول للمقر، ولو اتحد السبب والمال الثاني أكثر يجب المالان، وعندهما: يلزم الأكثر. سائحاني. قوله: (اتحد السبب) بأن قال: له عليّ ألف ثمن هذا العبد ثم أقر بعده كذلك في المجلس أو في غيره. منح. قوله: (أو الشهود) هذا ما ذهب إليه السرخسي كما علمته مما مر. قوله: (ثم عند القاضي) وكذا لو كان كل عند القاضي في مجلس ط. قوله: (والأصل أن المعرف) كالإقرار بسبب متحد. قوله: (أو المنكر) كالسببين وكالمطلق عن السبب. ....

ولو نسي الشهود أفي مواطن أو موطنين فهما مالان ما لم يعلم اتحاده، وقيل واحد. وتمامه في الخانية.

(أقرّ ثم ادعى) المقر (أنه كاذب في الإقرار يحلف المقر له أن المقر لم يكن كاذباً في إقراره) عند الثاني، وبه يفتى. درر. (وكذا) الحكم يجري (لو ادعى وارث المقر) فيحلف (وإن كانت الدعوى على ورثة المقر له فاليمين عليهم) بالعلم أنا لا نعلم أنه كان كاذباً. صدر الشريعة.

قوله: (ولو نسي الشهود) في صورة تعدد الإشهاد. قوله: (وتمامه في الخانية) ونقلها في المنح. (أقر) أي: بدين أو غيره كما في آخر الكنز[1]. قوله: (ثم ادعى) ذكر المسألة في الكنز في شتى الفرائض. قوله: (وبه يفتى) وهو المختار. بزازية. وظاهره: أن المقر إذا ادعى الإقرار كاذباً يحلف المقر له، أو وارثه على المفتى به من قول أبي يوسف مطلقاً، سواء كان مضطراً إلى الكذب في الإقرار أو لا. قال شيخنا: وليس كذلك لما سيأتي في مسائل شتى قبيل كتاب الصلح عند قول المصنف: «أقر بمال في صك وأشهد عليه به ثم ادعى أن بعض هذا المال المقر به قرض وبعضه ربا إلخ» حيث نقل الشارح عن شرح الوهبانية للشرنبلالي ما يدل على أنه إنما يفتى بقول أبي يوسف: من أنه يحلف له أن المقر ما أقر كاذباً في صورة يوجد فيها اضطرار المقر إلى الكذب في الإقرار كالصورة التي تقدمت ونحوها، كذا في حاشية مسكين للشيخ محمد أبي السعود المصري. وفيه أنه لا يتعين الحمل على هذا، لأن العبارة هناك في هذا ونحوه، فقوله ونحوه يحتمل أن يكون المراد به كل ما كان من قبيل الرجوع بعد الإقرار مطلقاً، ويدل عليه ما بعده من قوله: وبه جزم المصنف فراجعه. قوله: (فيحلف) أي: المقر له. وقال بعضهم: إنه لا يحلف. بزازية. والأصح التحليف. حامدية عن صدر الشريعة. وفي جامع الفصولين: أقر فمات فقال ورثته: إنه أقر كاذباً فلم يجز إقراره والمقر له عالم به ليس لهم تحليفه، إذ وقت الإقرار لم يتعلق حقهم بمال المقر فصح الإقرار، وحيث تعلق حقهم صار حقاً للمقر[2] له ص.

أقر ومات فقال ورثته: إنه أقرّ تلجئة حلف المقر له بالله لقد أقر لك إقراراً صحيحاً ط.

وارث ادعى أن مورثه أقر تلجئة، قال بعضهم: له تحليف المقر له ولو ادعى أنه أقر كاذباً لا يقبل. قال في نور العين: يقول الحقير كان ينبغي أن يتحد حكم المسألتين ظاهراً إذ الإقرار كاذباً موجود في التلجئة أيضاً، ولعل وجه الفرق هو أن التلجئة أن يظهر أحد شخصين أو كلاهما في العلن خلاف ما تواضعا عليه في السر، ففي دعوى التلجئة يدعي الوارث على المقر له فعلاً له

---

(1) قال الرافعي: قوله: (كما في آخر «الكنز») وكذا في «الفتح» من شتى القضاء.

(2) قال الرافعي: قوله: (وحيث تعلق حقهم صار حقاً للمقر له) عبارة الأصل: وحيث تعلق حقهم لم يتعلق بما صار حقاً للمقر له فليس لهم ولاية تحليفه اهـ.

١ ـ بَابُ الاسْتِثْنَاءِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ فِي كَوْنِهِ مُغَيِّراً كَالشَّرْطِ وَنَحْوِهِ

(هو) عندنا (تكلم بالباقي بعد الثنيا باعتبار الحاصل من مجموع التركيب ونفي وإثبات باعتبار الأجزاء) فالقائل له عليّ عشرة إلا ثلاثة له عبارتان مطوّلة وهي ما ذكرناه ومختصرة، وهي أن يقول ابتداء له عليّ سبعة، وهذا معنى قولهم تكلم[1] بالباقي بعد الثنيا: أي: بعد الاستثناء (وشرط فيه الاتصال) بالمستثنى منه (إلا لضرورة كتنفس أو سعال أو أخذ فم) به يفتى (والنداء بينهما لا يضر) لأنه للتنبيه والتأكيد (كقوله: لك عليّ ألف درهم يا فلان إلا عشرة، بخلاف لك عليّ ألف فاشهدوا إلا

وهو تواضعه مع المقر في السر فلذا يحلف، بخلاف دعوى الإقرار كاذباً كما لا يخفى على من أوتي فهماً صافياً اهـ من أواخر الفصل الخامس عشر.

ثم اعلم أن دعوى الإقرار كاذباً إنما تسمع إذا لم يكن أمراً عاماً، فلو كان لا تسمع، لكن للعلامة ابن نجيم رسالة: في امرأة أقرت في صحتها لبنتها فلانة بمبلغ معين ثم وقع بينهما تبارؤ عام ثم ماتت[2] فادعى الوصي أنها كاذبة فأفتى بسماع دعواه وتحليف البنت وعدم صحة الحكم قبل التحليف، لأنه حكم بخلاف المفتى به وأن الإبراء هنا لا يمنع، لأن الوصي يدعي عدم لزوم شيء، بخلاف ما إذا دفع المقر المال المقر به إلى المقر له فإنه ليس له تحليف المقر له لأنه يدعي استرجاع المال والبراءة مانعة من ذلك، أما في الأولى فإنه لم يدع استرجاع شيء وإنما يدفع عن نفسه فافترقا، والله أعلم.

بَابُ الاسْتِثْنَاءِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ

قوله: (تكلم بالباقي) أي: معنى لا صورة. درر قوله: (بعد الثنيا) بضم فسكون وفي آخره ألف مقصورة اسم من الاستثناء. سائحاني. قوله: (لأنه للتنبيه) أي: تنبيه المخاطب، وتأكيد الخطاب، لأن المنادى هو المخاطب ومفاده: لو كان المنادى غير المقرّ له يضر. ونقل عن الجوهرة ولم أره فيها، لكن قال في غاية البيان: ولو قال: لفلان علي ألف درهم يا فلان إلا عشرة

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (وهذا معنى قولهم تكلم إلخ) أي: المستفاد من العبارة المختصرة سندي.

(2) قال الرافعي: قوله: (ثم وقع بينهما تبارؤ عام ثم ماتت) أي: فيما عدا ما أقرت به كما هو الحادثة، والأم لم تمت بل عتهت، وقد علل في الرسالة لصحة دعوى الكذب بأن التبارؤ إنما يمنع دعواه بشيء هو أو من يقوم مقامه لا أنه يمنع أن يدفع عن نفسه إذا ادعى عليه بشيء، وبأنه قال في الإبراء ما عدا علقة الإقرار.

كذا ونحوه) مما يعدّ فاصلاً لأن الإشهاد يكون بعد تمام الإقرار فلم يصح الاستثناء (فمن استثنى بعض ما أقرّ به صح) استثناؤه ولو الأكثر عند الأكثر (ولزمه الباقي) ولو مما لا يقسم كهذا العبد لفلان إلا ثلثه أو ثلثيه صح على المذهب (و) الاستثناء (المستغرق باطل ولو فيما يقبل الرجوع كوصية) لأن استثناء الكل ليس برجوع بل هو استثناء فاسد هو الصحيح. جوهرة، وهذا (إن كان) الاستثناء (بـ)ـعين (لفظ الصدر أو مساويه) كما يأتي (وإن بغيرهما كعبيدي أحرار إلا هؤلاء أو إلا سالماً وغانماً وراشداً) ومثله: نسائي طوالق إلا هؤلاء أو إلا زينب وعمرة وهند (وهم الكل صح) الاستثناء، وكذا ثلث مالي لزيد إلا ألفاً والثلث ألف صح فلا يستحق شيئاً إذ الشرط إيهام البقاء لا حقيقته، حتى لو طلقها ستاً إلا أربعاً صح ووقع ثنتان (كما صح استثناء الكيلي والوزني والمعدود الذي لا تتفاوت آحاده كالفلوس والجوز من الدارهم والدنانير ويكون المستثنى القيمة) استحساناً لثبوتها في الذمة فكانت كالثمنين (وإن استغرقت) القيمة (جميع ما أقرّ به) لاستغراقه بغير المساوي (بخلاف) له عليّ (دينار إلا مائة درهم لاستغراقه بالمساوي) فيبطل لأنه استثنى الكل بحر. ....

كان جائزاً، لأنه أخرجه مخرج الإخبار لشخص خاص، وهذا صيغته فلا يعد فاصلاً اهـ. تأمل. وفي الولوالجية: لأن النداء لتنبيه المخاطب وهو محتاج إليه لتأكيد الخطاب والإقرار فصار من الإقرار اهـ. قوله: (ولو الأكثر) أي: أكثر من النصف. كذا في الهامش. قوله: (لفظ الصدر) كعبيدي أحرار إلا عبيدي. قوله: (مساويه) كقوله: إلا مماليكي. قوله: (وإن بغيرهما) بأن يكون أخص منه في المفهوم لكن في الوجوب يساويه. قوله: (إيهام البقاء) أي: بحسب صورة اللفظ، لأن الاستثناء تصرف لفظي، فلا يضر إهمال المعنى. قوله: (ووقع ثنتان) وإن كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم، لأن الطلاق لا يزيد على الثلاث، ومع هذا لا يجعل كأنه قال: أنت طالق ثلاثاً إلا أربعاً فكان اعتبار اللفظ أولى. عناية. قوله: (كما صح) فصله عما قبله لأنه بيان للاستثناء من خلاف الجنس، فإن مقدراً من مقدر صح عندهما استحساناً، وتطرح قيمة المستثنى مما أقر به، وفي القياس لا يصح، وهو قول محمد وزفر، وإن غير مقدر من مقدر لا يصح عندنا قياساً واستحساناً، خلافاً للشافعي في نحو مائة درهم إلا ثوباً. غاية البيان، لكن حيث لم يصح هنا الاستثناء يجبر على البيان، ولا يمتنع به صحة الإقرار لما تقرر أن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار، ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء. ذكره في الشرنبلالية عن قاضي زاده. قوله: (لثبوتها) أي: هذه المذكورات. قوله: (فكانت كالثمنين) لأنها بأوصافها أثمان حتى لو عينت تعلق العقد بعينها، ولو وصفت ولم تتعين صار حكمها كحكم الدينار. كفاية. ....

لكن في الجوهرة وغيرها: عليّ مائة درهم إلا عشرة دنانير وقيمتها مائة أو أكثر لا يلزمه شيء، فيحرر (وإذا استثنى عددين بينهما حرف الشك كان الأقل مخرجاً نحو له عليّ ألف درهم إلا مائة) درهم (أو خمسين) درهماً فيلزمه تسعمائة وخمسون على الأصح. بحر (وإذا كان المستثنى مجهولاً ثبت الأكثر نحو له عليّ مائة درهم إلا شيئاً أو) إلا (قليلاً أو) إلا (بعضاً لزمه أحد وخمسون) لوقوع الشك في المخرج فيحكم بخروج الأقل ....

قوله: (لكن في الجوهرة) ومثله في الينابيع، ونقله قاضي زاده عن الذخيرة كما في الشرنبلالية، وفيها قال الشيخ: عليّ عشرة دراهم إلا ديناراً[1] وقيمته أكثر أو إلا كرّ برّ، كذلك إن مشينا على أن استثناء الكل بغير لفظه صحيح ينبغي أن يبطل الإقرار، لكن ذكر في البزازية ما يدل على خلافه قال: عليّ دينار إلا مائة درهم بطل الاستثناء لأنه أكثر من الصدر: ما في هذا الكيس من الدراهم لفلان إلا ألفاً ينظر، إن فيه أكثر من ألف فالزيادة للمقر له والألف للمقر، وإن ألف أو أقل فكلها للمقر له لعدم قيمة الاستثناء[2].

قلت: ووجهه ظاهر بالتأمل اهـ.

قلت: فكان ينبغي للمصنف أن يمشي على ما في الجوهرة حيث قال فيما قبله: «وإن استغرقت» تأمل. قوله: (فيحرر) الظاهر: أن في المسألة روايتين مبنيتين على أن الدراهم والدنانير جنس واحد أو جنسان ح. قوله: (مخرجاً) بالبناء للمفعول قوله: (فيلزمه تسعمائة إلخ) لأنه ذكر كلمة الشك في الاستثناء فيثبت أقلهما، وهذه رواية أبي سليمان، وفي رواية أبي حفص: يلزمه تسعمائة، قالوا: والأول أصح. كاكي. وصحح قاضيخان في شرح الزيادات الثاني، وهو الموافق لقواعد المذهب كما في الرمز حموي. وكتب السائحاني على الأول: هذا ظاهر على مذهب الشافعي من أنه خروج بعد دخول، وأما على مذهبنا من أن التركيب مفاده مفرد، فكأنه قال: له تسعمائة أو تسعمائة وخمسون فنوجب التسعمائة لأنها أقل، حتى إنهم قالوا: ثمرة الخلاف تظهر في مثل هذا التركيب، فعندنا يلزمه الأقل، لأنه لما كان تكلماً بالباقي بعد الثنيا شككنا في المتكلم به والأصل فراغ الذمم، وعند الشافعي: لما دخل الألف صار الشك في المخرج فيخرج الأقل. زيلعي وصححه قاضيخان اهـ. وتعبيرهم بقولهم: قالوا: والأول أصح يفيد التبري. تأمل. قوله: (في المخرج) بالبناء للمفعول. قوله: (بخروج الأقل) وهو ما دون النصف، لأن استثناء الشيء

(1) قال الرافعي: قوله: (قال الشيخ: عليّ عشرة دراهم إلا ديناراً إلخ) هنا سقط، وأصله: قال الشيخ علي المقدسي: لو استثنى دنانير من دراهم أو مكيلاً أوَ موزوناً على وجه يستوعب المستثنى، كقوله له علي عشرة دراهم إلا ديناراً إلخ.

(2) قال الرافعي: قوله: (فكلها للمقر له لعدم قيمة الاستثناء) عدم صحته لا يصح إلا على غير المشهور، وما مشى عليه فيما سبق هو المشهور.

(ولو وصل إقراره بإن شاء الله تعالى) أو فلان أو علقه بشرط على خطر لا بكائن كإن متّ فإنه ينجز **(بطل إقراره)** بقي لو ادعى المشيئة هل يصدق؟ لم أره وقدمنا في الطلاق أن المعتمد: لا، فليكن الإقرار كذلك لتعلق حق العبد، قاله المصنف **(وصح استثناء البيت من الدار لا استثناء البناء)** منهما لدخوله تبعاً فكان وصفاً، واستثناء الوصف لا يجوز **(وإن قال: بناؤها لي وعرصتها لك فكما قال)** لأن العرصة هي البقعة لا البناء، حتى لو قال: وأرضها لك كان له البناء أيضاً لدخوله تبعاً، إلا إذا قال: بناؤها لزيد والأرض لعمرو ....

استثناء الأقل عرفاً فأوجبنا النصف وزيادة درهم لأن أدنى ما تتحقق به القلة النقص عن النصف بدرهم. **قوله: (أو فلان)** ولو شاء لا تلزمه. ولوالجية. **قوله: (على خطر)** كإن حلفت فلك ما ادعيت به، فلو حلف لا يلزمه ولو دفع بناء على أنه يلزمه فله استرداده كما في البحر في فصل صلح الورثة، وقيد في البحر التعليق على خطر بأن لم يتضمن دعوى الأجل. **قال:** وإن تضمن كإذا جاء رأس الشهر فلك عليّ كذا لزمه للحال، ويستحلف المقر له في الأجل اهـ. تأمل. وفي البحر أيضاً: ومن التعليق المبطل[1] له ألف إلا أن يبدو لي غير ذلك أو أرى غيره أو فيما أعلم وكذا اشهدوا أن له علي كذا فيما أعلم. **قوله: (فإنه ينجز)** أي: في تعليقه بكائن لأنه ليس تعليقاً حقيقة بل مراده به أن يشهدهم لتبرأ ذمته بعد موته إن جحد الورثة فهو عليه مات أو عاش لكنه قدم في متفرقات البيع أنه يكون وصية. **قوله: (بطل إقراره)** على قول أبي يوسف: إن التعليق بالمشيئة إبطال. **وقال محمد:** تعليق بشرط لا يوقف عليه، والثمرة تظهر فيما إذا قدم المشيئة فقال: إن شاء الله أنت طالق عند أبي يوسف لا يقع لأنه إبطال. **وقال محمد:** يقع لأنه تعليق، فإذا قدم الشرط ولم يذكر الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط. كفاية. ولو جرى على لسانه إن شاء الله من غير قصد وكان قصده إيقاع الطلاق لا يقع، لأن الاستثناء موجود حقيقة والكلام معه لا يكون إيقاعاً. عيني. **قوله: (لو ادعى المشيئة)** أي: ادعى أنه قال: إن شاء الله تعالى ح. **قوله: (قاله المصنف) قال الرملي في حواشيه:** أقول: الفقه يقتضي أنه إذا ثبت إقراره بالبينة لا يصدق إلا ببينة، أما إذا قال: ابتداء أقررت له بكذا مستثنياً في إقراري يقبل قوله بلا بينة كأنه قال: له عندي كذا إن شاء الله تعالى، بخلاف الأول لأنه يريد إبطاله بعد تقرره. تأمل اهـ. **قوله: (لدخوله تبعاً)** ولهذا لو استحق البناء في البيع قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابله بل يتخير المشتري، بخلاف البيت تسقط حصته من الثمن. **قوله: (وإن قال بناؤها إلخ) قال في الذخيرة:** واعلم أن

(1) **قال الرافعي: قوله: (وفي «البحر» أيضاً: ومن التعليق المبطل إلخ)** الظاهر أن هذا وما بعده ليس من التعليق وعدم صحة الإقرار لعدم الجزم بالمقر به لا للتعليق معنى، فقوله: فيما أعلم أو في علمي يذكر للشك عرفاً وستأتي هذه آخر شتى الإقرار، فانظرها مع ما كتبه في التكملة.

فكما قال (و) استثناء (فص الخاتم ونخلة البستان وطوق الجارية كالبناء) فيما مر (وإن قال) مكلف: (له عليّ ألف من ثمن عبد ما قبضته) الجملة صفة عبد، وقوله (موصولاً) بإقراره حال منها ذكره في الحاوي فليحفظ (وعينه) أي: عين العبد وهو في يد المقر له (فإن سلمه إلى المقر لزمه الألف وإلا لا) عملاً بالصفة (وإن لم يعين) العبد (لزمه)

هذه خمس مسائل وتخريجها على أصلين. الأول: أن الدعوى قبل الإقرار لا تمنع صحة الإقرار بعده والدعوى بعد الإقرار في بعض ما دخل تحت الإقرار لا تصح. والثاني: أن إقرار الإنسان حجة على نفسه لا غيره. إذا عرفت هذا فنقول: إذا قال: بناؤها لي وأرضها لفلان إنما كان لفلان لأنه أولاً ادعى البناء وثانياً أقر به لفلان تبعاً للأرض، والإقرار بعد الدعوى صحيح، وإذا قال: أرضها لي وبناؤها لفلان فكما قال، لأنه أولاً ادعى البناء لنفسه تبعاً وثانياً أقر به لفلان والإقرار بعد الدعوى صحيح، ويؤمر المقر له بنقل البناء من أرضه، وإذا قال: أرضها لفلان وبناؤها لي فهما لفلان، لأنه أولاً أقر له بالبناء تبعاً وثانياً ادعاه لنفسه والدعوى بعد الإقرار في بعض ما تناوله الإقرار لا تصح، وإذا قال: أرضها لفلان وبناؤها لفلان آخر فهما للمقر له الأول، لأنه أولاً أقر بالبناء له تبعاً للأرض، وبقوله: وبناؤها لفلان آخر يصير مقراً على الأول والإقرار على الغير لا يصح، وإذا قال: بناؤها لفلان وأرضها لفلان آخر فكما قال، لأنه أولاً أقر بالبناء للأول وثانياً صار مقراً على الأول بالبناء للثاني فلا يصح. كفاية ملخصاً. قوله: (فكما قال) وكذا لو قال: بياض هذه الأرض لفلان وبناؤها لي. قوله: (هي البقعة) فقصر الحكم عليها يمنع دخول الوصف تبعاً. قوله: (فص الخاتم) انظر ما في الحامدية عن الذخيرة. قوله: (ونخلة البستان) إلا أن يستثنيها بأصولها، لأن أصولها دخلت في الإقرار قصداً لا تبعاً. وفي الخانية بعد ذكر الفص والنخلة وحلية السيف قال: لا يصح الاستثناء وإن كان موصولاً، إلا أن يقيم المدعي البينة على ما ادعاه، لكن في الذخيرة، لو أقر بأرض أو دار لرجل دخل البناء والأشجار حتى لو أقام المقر بينة بعد ذلك على أن البناء والأشجار له لم تقبل بينته اهـ. إلا أن يحمل على كونه مفصولاً لا موصولاً كما أشار لذلك في الخانية. سائحاني. قوله: (وطوق الجارية) استشكل بأنهم نصوا أنه لا يدخل معها تبعاً إلا المعتاد للمهنة لا غيره كالطوق إلا أن يحمل على أنه لا قيمة له كثيرة.

أقول: ذاك في البيع لأنها وما عليها للبائع، أما هنا لما أقر بها ظهر أنها للمقر له، والظاهر منه أن ما عليها لمالكها فيتبعها ولو جليلاً. تأمل. قوله: (فيما مر) أي من أنه لا يصح. قوله: (له علي ألف) قيد به لأنه لو قال ابتداء: اشتريت منه مبيعاً إلا أني لم أقبضه قبل قوله كما قبل قول البائع: بعته هذا ولم أقبض الثمن والمبيع في يد البائع لأنه منكر قبض المبيع أو الثمن والقول للمنكر، بخلاف ما هنا لأن قوله ما قبضته بعد قوله: له عليّ كذا رجوع فلا يصح. أفادة الرملي. قوله: (حال منها) أي: من الجملة. قوله: (فإن سلمه) لعلهم أرادوا بالتسليم هنا الإحضار أو يخص هذا من قولهم: يلزم المشتري تسليم الثمن أولاً لأنه ليس ببيع صريح. مقدسي أبو السعود

الألف (مطلقاً) وصل أم فصل، وقوله ما قبضته لغو لأنه رجوع (كقوله: من ثمن خمر أو خنزير أو مال قمار أو حرّ أو ميتة أو دم) فيلزمه مطلقاً (وإن وصل) لأنه رجوع (إلا إذا صدقه أو أقام بينة)[1] فلا يلزمه (ولو قال: له عليّ ألف درهم حرام أو ربا فهي لازمة مطلقاً) وصل أو فصل لاحتمال حله عند غيره (ولو قال: زوراً أو باطلاً لزمه إن كذبه المقر له وإلا) بأن صدقه (لا)[2] يلزمه (والإقرار بالبيع تلجئة) هي أن يلجئك أن تأتي أمراً باطنه على خلاف ظاهره، فإنه (على هذا التفصيل) إن كذبه لزم البيع وإلا لا (ولو قال: له عليّ ألف درهم زيوف) ولم يذكر السبب (فهي كما قال على الأصح) بحر (ولو قال: له عليّ ألف) من ثمن متاع أو قرض وهي زيوف مثلاً لم يصدق مطلقاً لأنه رجوع، ولو قال: (من غصب أو وديعة إلا أنها زيوف أو نبهرجة صدق مطلقاً) وصل أم فصل (وإن قال: ستوقة أو رصاص فإن وصل صدق وإن فصل لا) لأنها دراهم مجازاً (وصدق) بيمينه (في غصبته أو أودعني (ثوباً إذا جاء بمعيب) ولا بينة (و) صدق (في له عليّ ألف) ولو من ثمن متاع مثلاً (إلا أنه ينقص كذا) أي: الدراهم وزن خمسة لا وزن سبعة (متصلاً وإن

ملخصاً. قوله: (إن كذبه) في كونه زوراً أو باطلاً. قوله: (إن كذبه لزم البيع وإلا لا) وفي البدائع: كما لا يجوز بيع التلجئة لا يجوز الإقرار بالتلجئة بأن يقول لآخر: إني أقر لك في العلانية بمال وتواضعا على فساد الإقرار لا يصح إقراره حتى لا يملكه المقر له. سائحاني. قوله: (صدق مطلقاً) لأن الغاصب يغصب ما يصادف والمودع يودع ما عنده فلا يقتضي السلامة. ومما يكثر وقوعه ما في التاترخانية: أعرتني هذه الدابة فقال: لا ولكنك غصبتها، فإن لم يكن المستعير ركبها فلا ضمان، وإلا ضمن، وكذا دفعتها إليّ عارية أو أعطيتنيها عارية. وقال أبو حنيفة: إن قال: أخذتها منك عارية وجحد الآخر ضمن، وإذا قال: أخذت هذا الثوب منك عارية[3] فقال: أخذته مني بيعاً فالقول للمقر ما لم يلبسه لأنه منكر الثمن، فإن لبس ضمن أعرتني هذا فقال: لا بل آجرتك لم يضمن إن هلك، بخلاف قوله: غصبته لكن يضمن إن كان استعمله. قوله: (أي الدارهم) مثله في الشرنبلالية، لكن في العيني قوله: إلا أنه ينقص كذا: أي: مائة درهم وهذا

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (إلا إذا صدقه أو أقام بينة) على ما ادعاه من المغير.

(2) قال الرافعي: قول المصنف: (لزمه إن كذبه المقر له وإلا لا) الحكم المذكور يقال فيما قبله أيضاً.

(3) قال الرافعي: قوله: (وإذا قال: أخذت هذا الثوب منك عارية إلخ) هكذا في «البزازية»: ولعل العارية محرفة عن الوديعة لأن اللبس في العارية مباح دون الوديعة، ومعلوم أن العارية تبيح التصرف كالبيع، فلا يصلح اللبس فارقاً اهـ. من التكملة، وفيه أن الإشكال وارد أيضاً فيما لو أقر بالوديعة على الوجه المذكور، فلا يظهر الوجه أيضاً في صورة الإقرار بالوديعة.

فصل) بلا ضرورة (لا) يصدق لصحة استثناء القدر لا الوصف كالزيافة (ولو قال) لآخر: (أخذت منك ألفاً وديعة فهلكت في يدي بلا تعدّ وقال الآخر: بل) أخذتها مني (غصباً ضمن) المقرّ لإقراره بالأخذ وهو سبب الضمان (وفي) قوله: أنت (أعطيتنيه وديعة وقال الآخر) بل (غصبته) مني (لا) يضمن بل القول له لإنكاره الضمان (وفي هذا كان وديعة) أو قرضاً لي (عندك فأخذته) منك (فقال) المقر له: (بل هو لي أخذه المقر له) ولو قائماً، وإلا فقيمته لإقراره باليد له ثم بالأخذ منه وهو سبب الضمان (وصدق من قال: آجرت) فلاناً (فرسي) هذه (أو ثوبي هذا فركبه أو لبسه) أو أعرته ثوبي أو أسكنته بيتي (ورده أو خاط) فلان (ثوبي هذا بكذا فقبضته) منه وقال فلان: بل ذلك لي (فالقول للمقر) استحساناً، لأن اليد في الإجارة ضرورية بخلاف الوديعة (هذا الألف وديعة فلان لا بل وديعة فلان فالألف للأول وعلى المقر) ألف (مثله للثاني بخلاف هي لفلان لا بل لفلان) بلا ذكر إيداع (حيث لا يجب عليه للثاني شيء) لأنه لم يقر بإيداعه، وهذا (إن كانت معينة، وإن كانت غير معينة لزمه أيضاً كقوله: غصبت فلاناً مائة درهم ومائة دينار وكرّ حنطة لا بل فلاناً لزمه لكل واحد منهما كله

ظاهر. فتال. قوله: (وإلا فقيمته) فيه أن فرض المسألة في المشار إليه، إلا أن يقال: كان موجوداً حين الإشارة ثم استهلكه المقر. تأمل. فتال. قوله: (هذا الألف وديعة فلان إلخ) وسيأتي قبيل الصلح ما لو قال: أوصى أبي بثلث ماله لفلان بل لفلان. قوله: (لأنه لم يقر بإيداعه) أي: فلم يكن مقراً بسبب الضمان بخلاف الأولى، فإنه حيث أقر بأنه وديعة لفلان آخر يكون ضامناً حيث أقر بها للأول[1] لصحة إقراره بها للأول، فكانت ملك الأول ولا يمكنه تسليمها للثاني، بخلاف ما إذا باع الوديعة ولم يسلمها للمشتري لا يكون ضامناً بمجرد البيع حيث يمكنه دفعها لربها، هذا ما ظهر فتأمل.

فرع: أقر بمالين واستثنى كله عليّ ألف درهم مائة دينار إلا درهماً، فإن كان المقر له في المالين واحداً يصرف إلى المال الثاني، وإن لم يكن من جنسه قياساً وإلى الأول استحساناً لو من جنسه، وإن كان المقر له رجلين يصرف إلى الثاني[2] مطلقاً مثل لفلان عليّ ألف درهم ولفلان آخر عليّ مائة دينار إلا درهماً هذا كله قولهما، وعلى قول محمد: إن كانا لرجل يصرف إلى جنسه وإن لرجلين لا يصح الاستثناء أصلاً تاترخانية عن المحيط. ....

(1) قال الرافعي: قوله: (يكون ضامناً حيث أقر بها للأول إلخ) فقد عجز عن ردّ الوديعة بفعله، فصار مستهلكاً فيضمن اهـ. سندي.

(2) قال الرافعي: قوله: (وإن كان المقر له رجلين يصرف إلى الثاني) إن لم يبين أنه من الأول.

وإن كانت بعينها فهي للأول وعليه للثاني مثلها، ولو كان المقر له واحداً يلزمه أكثرهما قدراً وأفضلهما وصفاً) نحو له ألف درهم لا بل ألفان أو ألف درهم جياد لا بل زيوف أو عكسه (ولو قال: الدين الذي لي على فلان) لفلان (أو الوديعة التي عند فلان هي لفلان فهو إقرار له وحق القبض للمقر و) لكن (لو سلم إلى المقرّ له برىء) خلاصة. لكنه مخالف لما مر أنه إن أضاف لنفسه كان هبة فيلزم التسليم، ولذا قال في الحاوي القدسي: ولو لم يسلطه على القبض، فإن قال: واسمي في كتاب الدين عارية صح، وإن لم يقله لم يصح. قال المصنف: وهو المذكور في عامة المعتبرات خلافاً للخلاصة، فتأمل عند الفتوى.

٢ ــ بَابُ إِقْرَارِ الْمَرِيضِ

يعني مرض الموت وحدّه مر في طلاق المريض، وسيجيء في الوصايا (إقراره

قوله: (أكثرهما قدراً) أي: لو جنساً واحداً فلو جنسين كألف درهم لا بل ألف دينار لزمه الألفان ط ملخصاً. قوله: (ولو قال الدين إلخ) عبارة الحاوي القدسي قال: الدين الذي لي على فلان لفلان ولم يسلطه على القبض اهـ. بلا ذكر لفظة لو تحرير. كذا في الهامش. قوله: (لما مر) أوائل كتاب الإقرار. قوله: (فيلزم التسليم) أي: فلا تصح هبته من غير من عليه الدين إلا إذا سلطه على قبضه. قوله: (ولو لم يسلطه إلخ) «لو» هنا شرطية لا وصلية. قوله: (واسمي إلخ) حاصله إن سلطه على قبضه أو لم يسلطه ولكن قال: اسمي فيه عارية يصح كما في فتاوى المصنف، وعلى الأول يكون هبة، وعلى الثاني إقراراً وتكون إضافته إلى نفسه إضافة نسبة لا ملك، كما ذكره الشارح فيما مر. وإنما اشترط قوله: «واسمي عارية» ليكون قرينة على إرادة إضافة النسبة وعليه يحمل كلام المتن، ويكون إطلاقاً في محل التقييد فلا إشكال حينئذ في جعله إقراراً، ولا يخالف الأصل المار للقرينة الظاهرة، وفي شرح الوهبانية: امرأة قالت الصداق الذي لي على زوجي ملك فلان ابن فلان لا حق لي فيه وصدقها المقر له ثم أبرأت زوجها، قيل يبرأ وقيل: لا، والبراءة أظهر لما أشار إليه المرغيناني من عدم صحة الإقرار فيكون الإبراء ملاقياً لمحله اهـ. فإن هنا الإضافة للملك ظاهرة، لأن صداقها لا يكون لغيرها فكان إقرارها له هبة بلا تسليط على القبض، وأعاد الشارح المسألة في متفرّقات الهبة واستشكلها، وقد علمت زوال الإشكال بعون الملك المتعال فاغتنمه. قوله: (وهو المذكور) أي: قوله: «وإن لم يقله لم يصح».

بَابُ إِقْرَارِ الْمَرِيضِ

قوله: (وحدّه) مبتدأ وقوله: (مر إلخ) خبر، في الهندية، المريض مرض الموت من لا

بدين لأجنبيّ نافذ من كل ماله) بأثر عمر ولو بعين، فكذلك إلا إذا علم تملكه لها في

يخرج لحوائجه خارج البيت وهو الأصح اهـ. وفي الإسماعيلية: من به بعض مرض يشتكي منه، وفي كثير من الأوقات يخرج إلى السوق ويقضي مصالحه لا يكون به مريضاً مرض الموت، وتعتبر تبرعاته من كل ماله، وإذا باع لوارثه أو وهبه لا يتوقف على إجازة باقي الورثة. **قوله**: (نافذ) لكن يحلف الغريم كما مر قبيل باب التحكيم، ومثله في قضاء الأشباه. **قال في الأصل**: إذا أقر الرجل في مرضه بدين لغير وارث فإنه يجوز، وإن أحاط ذلك بماله، وإن أقر لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة اهـ. وهكذا في عامة الكتب المعتبرة من مختصرات الجامع الكبير وغيرها. لكن في الفصول العمادية: إن إقرار المريض للوارث لا يجوز حكاية ولا ابتداء وإقراره للأجنبي يجوز حكاية من جميع المال وابتداء من ثلث المال اهـ.

قلت: وهو مخالف لما أطلقه المشايخ فيحتاج إلى التوفيق، وينبغي أن يوفق بينهما بأن يقال: المراد بالابتداء[1] ما يكون صورته صورة إقرار، وهو في الحقيقة ابتداء تمليك بأن يعلم بوجه من الوجوه أن ذلك الذي أقر به ملك له، وإنما قصد إخراجه في صورة الإقرار حتى لا يكون في ذلك منع ظاهر على المقر، كما يقع أن الإنسان يريد أن يتصدق على فقير فيقرضه بين الناس[2]، وإذا خلا به وهبه منه أو لئلا يحسد على ذلك من الورثة فيحصل منهم إيذاء في الجملة بوجه ما، وأما الحكاية فهي على حقيقة الإقرار، وبهذا الفرق أجاب بعض علماء عهدنا المحققين وهو العلامة علي المقدسي كما في حاشية الفصولين للرملي.

أقول: ومما يشهد لصحة ما ذكرنا من الفرق ما صرح به صاحب القنية: أقر الصحيح بعبد في يد أبيه لفلان ثم مات الأب والابن مريضٌ، فإنه يعتبر خروج العبد من ثلث المال[3]، لأن إقراره متردد بين أن يموت الابن أوّلاً فيبطل، وبين أن يموت الأب أولاً فيصح فصار كالإقرار المبتدأ في المرض. **قال أستاذنا**: فهذا كالتنصيص على أن المريض إذا أقر بعين في يده للأجنبي فإنما يصح إقراره من جميع المال إذا لم يكن تمليكه إياه في حال مرضه معلوماً حتى أمكن جعل تمليكه إظهاراً، فأما إذا علم تملكه في حال مرضه فإقراره به لا يصح إلا من ثلث المال. **قال رحمه الله**: وإنه حسن من حيث المعنى اهـ.

---

(1) **قال الرافعي**: **قوله**: (وينبغي أن يوفق بينهما بأن يقال: المراد بالابتداء إلخ) إذا حمل الجواز ابتداء على ما قاله وأريد بجواز الإقرار في هذه الصورة من الثلث الجواز بالنظر للديانة، وأما بالنظر للقضاء فمن الكل لا يبعد في عبارة «العمادية» وتزول مخالفتهما لما أطلقوه في كتبهم، فإنه بالنظر للقضاء لا الديانة.

(2) **قال الرافعي**: **قوله**: (فيقرضه بين الناس) عبارة الأصل: فيعرض عنه بين الناس.

(3) **قال الرافعي**: **قوله**: (فإنه يعتبر خروج العبد من ثلث المال إلخ) الظاهر اعتماد ما قدمه المصنف أول الكتاب من صحة إقراره بملك الغير، ويلزمه تسليمه إذا ملكه برهةً من الزمان اهـ، والظاهر أن ما في «القنية» محمول على الديانة وما في المصنف على القضاء.

مرضه فيتقيد بالثلث، ذكر المصنف في معينه فليحفظ **(وأخر الإرث عنه ودين الصحة)** مطلقاً **(وما لزمه في مرضه بسبب معروف)** ببينة أو بمعاينة قاض **(قدم على ما أقر به في مرض موته ولو)** المقر به **(وديعة)** وعند الشافعي: الكل سواء **(والسبب المعروف)** ما ليس بتبرع **(كنكاح مشاهد)** إن بمهر المثل، أما الزيادة فباطلة وإن جاز النكاح. عناية **(وبيع مشاهد وإتلاف كذلك)** أي: مشاهد **(و)** المريض **(ليس له أن يقضي دين بعض الغرماء دون بعض ولو)** كان ذلك **(إعطاء مهر وإيفاء أجرة)**[1] فلا يسلم لهما **(إلا)** في مسألتين **(إذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فيه)** لو بمثل القيمة كما في البرهان **(وقد علم ذلك)** أي: ثبت كل منهما **(بالبرهان)** لا بإقراره للتهمة **(بخلاف)** إعطاء المهر ونحوه و**(ما إذا لم يؤد حتى مات فإن البائع أسوة**

قلت: وإنما قيد حسنه بكونه من حيث المعنى، لأنه من حيث الرواية مخالف لما أطلقوه في مختصرات الجامع الكبير، فكان إقرار المريض لغير وارثه صحيحاً مطلقاً وإن أحاط بماله، والله سبحانه أعلم. معين المفتي. ونقله شيخ مشايخنا منلا عليّ ثم قال بعد كلام طويل: فالذي تحرر لنا من المتون والشروح أن إقرار المريض لأجنبي صحيح، وإن أحاط بجميع ماله وشمل الدين والعين والمتون لا تمشي غالباً إلا على ظاهر الرواية وفي البحر من باب قضاء الفوائت: متى اختلف الترجيح رجح إطلاق المتون اهـ. وقد علمت أن التفصيل مخالف لما أطلقه، وأن حسنه من حيث المعنى لا الرواية اهـ. وقد علمت أن ما نقله الشارح عن المصنف لم يرتضه المصنف إلا إذا علم تملكه لها: أي: بقاء ملكه لها في زمن مرضه. **قوله**: **(في معينه)** وهو معين المفتي للمصنف. **قوله**: **(ودين الصحة)** مبتدأ خبره جملة «قدم». **قوله**: **(فباطلة)** أي: إن لم تجزها الورثة لكونها وصية لزوجته الوارثة. **قوله**: **(والمريض)** بخلاف الصحيح كما في حبس العناية. **قوله**: **(ليس له)** أي: للمريض، ومفاده أن تخصيص الصحيح صحيح كما في حجر النهاية، شرح الملتقى. **قوله**: **(بعض الغرماء)** ولو غرماء صحة. **قوله**: **(إعطاء مهر)** بهمز إعطاء ونصبه وإضافته إلى مهر. **قوله**: **(فلا يسلم لهما)** بفتح الياء واللام وإسكان السين المهملة: أي: بل يشاركهما غرماء الصحة، لأن ما حصل له من النكاح وسكنى الدار لا يصلح لتعلق حقهم فكان تخصيصها أيضاً لا لحق الغرماء، بخلاف ما بعده من المسألتين لأنه حصل في يده مثل ما نقد وحق الغرماء تعلق بمعنى التركة لا بالصورة، فإذا حصل له مثله لايعود تفويتاً. كفاية. **قوله**: **(أي ثبت كل منهما)** أي: من القرض والشراء.

---

(1) **قال الرافعي**: قول المصنف: **(وإيفاء أجرة)** أي: بعد استيفاء المنفعة، أما إذا كانت الأجرة مشروطة التعجيل، وامتنع من تسليم العين حتى يقبض الأجرة، فهي كثمن المبيع الذي امتنع من تسليمه حتى يقبضه ثمنه.

للغرماء) في الثمن (إذا لم تكن العين) المبيعة (في يده) أي: في يد البائع، فإن كانت كان أولى[1] (وإذا أقر) المريض (بدين ثم) أقر (بدين تحاصا وصل أو فصل) للاستواء، ولو أقر بدين ثم بوديعة تحاصا، وبعكسه الوديعة أولى (وإبراؤه مديونه وهو مديون غير جائز) ....

قوله: (وإذا أقر إلخ) ولو للوارث عليه دين[2] فأقرّ بقبضه لم يجز، سواء وجب الدين في صحته أو لا على المريض دين أولا. قطنط. أقرت بقبض مهرها، فلو ماتت وهي زوجته أو معتدته لم يجز إقرارها وإلا بأن طلقها قبل دخوله جاز. جع فصولين قع عت. مريض قال في مرض موته: ليس لي في الدنيا شيء ثم مات فلبعض الورثة أن يحلفوا زوجته وبنته على أنهما لا يعلمان شيئاً من تركة المتوفى بطريقة أسنع، وكذا لو قال: ليس لي في الدنيا شيء سوى هذا. حاوي الزاهدي. فرمز قع للقاضي عبد الجبار، وعت لعلا تاجري، وأسنع للأسرار لنجم الدين. إبراء الزوجة زوجها في مرض موتها الذي ماتت فيه موقوف على إجازة بقية الورثة. فتاوى الشلبي حامدية. كذا في الهامش. قوله: (الوديعة أولى) لأنه حين أقر بها علم أنها ليست من تركته ثم إقراره بالدين لا يكون شاغلاً لما لم يكن من جملة تركته. بزازية. قوله: (وإبراؤه مديونه وهو مديون) قيد به احترازاً عن غير المديون فإن إبراءه الأجنبي نافذ من الثلث كما في الجوهرة. سائحاني.

فائدة: أقر في مرضه بشيء فقال: كنت نقلته في الصحة كان بمنزلة الإقرار في المرض من غير إسناد إلى زمن الصحة. أشباه. وفي البزازية عن المنتقى: أقر فيه أنه باع عبده من فلان وقبض الثمن في صحته وصدقه المشتري فيه صدق في البيع لا في قبض الثمن إلا من الثلث اهـ. ونقله في نور العين عن الخلاصة، ونقل قبله عن الخانية: أقر أنه أبرأ فلاناً في صحته من دينه لم يجز[3]

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (فإن كانت كان أولى) فتباع ويقضى من ثمنها ماله، فإن زاد رده في التركة وإن نقص حاصص بنقصه.

(2) قال الرافعي: قوله: (ولو للوارث عليه دين إلخ) عبارة الأصل ولو للمريض دين على وارثه.

(3) قال الرافعي: قوله: (أقر أنه أبرأ فلاناً في صحته من دينه لم يجز) أي: من الكل وإن جاز من الثلث، وقوله: إذ لا يملك إنشاءه إلخ أي: في الكل وإن ملكه في الثلث، وصحة الإبراء للأجنبي إنما هي في الثلث، وبهذا تزول المخالفة الثانية التي ذكرها المحشي، وأجاب في شرح «الوهبانية» للمصنف عن المخالفة الأولى حيث قال بعد أن ذكر عبارة «الخلاصة» المذكور نقلاً عن «الملتقى»: فإن قيل: هذه المسألة لا تخلو عن إشكال، فإن الأصل أن إقرار الرجل في مرض موته لغير وارثه جائز، وإن أحاط بتركته وإقراره للوارث باطل إلا أن يصدقه الورثة، فحينئذ المقر له إما أن يكون وارثاً، فلا يصح أصلاً إقراره له بالقبض إلا بإجازة بقية الورثة أو غير وارث، فيصح وإن أحاط بماله، قال في الفصل العشرين من إقرار «المحيط» ما نصه: إذا باع المريض شيئاً من أجنبي وأقر باستيفاء الثمن وهو مريض، فإنه يعتبر من جميع المال، فالجواب أن الفرق ما أشار إليه في «الخلاصة» فإنه لما صدقه =

أي: لا يجوز (إن كان أجنبياً وإن) كان (وارثاً فلا) يجوز (مطلقاً) سواء كان المريض مديوناً أو لا للتهمة[1]، وحيلة صحته أن يقول: لا حق لي عليه، كما أفاده بقوله: (وقوله: لم يكن لي على هذا المطلوب شيء) يشمل الوارث وغيره ....

إذ لا يملك إنشاءه للحال. فكذا الحكاية، بخلاف إقراره بقبض إذ يملك إنشاءه فيملك الإقرار به؛ ثم قال: فلعل في المسألة روايتين أو أحدهما سهو، والظاهر: أن ما في الخانية أصح. وقال أيضاً: قوله: إذ لا يملك إنشاءه للحال، مخالف لما فيها أيضاً أنه يجوز إبراء الأجنبي إلا أن يخص عدم القدرة على الإنشاء بكون فلان وارثاً أو بكون الوارث كفيلاً لفلان الأجنبي ففي إطلاقه نظر اهـ.

قلت: أو يكون المقر مديوناً كما أفاده المصنف. قوله: (أجنبياً) إلا أن يكون الوارث كفيلاً[2] عنه فلا يجوز، إذ يبرأ الكفيل ببراءة الأصيل. جامع الفصولين. ولو أقر الأجنبي باستيفائه دينه منه صدق كما بسطه في الولوالجية. قوله: (فلا يجوز) سواء كان من دين له عليه أصالة أو كفالة، وكذا إقراره بقبضه واحتياله به على غيره. فصولين. وفي الهامش: أقر مريض مرض الموت أنه لا يستحق عند زوجته هند حقاً وأبرأ ذمتها من كل حق شرعي ومات عنها وورثة غيرها وله تحت يدها أعيان وله بذمتها دين والورثة لم يجيزوا الإقرار لا يكون الإقرار صحيحاً. حامدية.

قوله: (يشمل الوارث) صرح به في جامع الفصولين حيث قال: مريض له على وارثه دين فأبرأه لم يجز، ولو قال: لم يكن لي عليك شيء ثم مات جاز إقراره قضاء لا ديانة اهـ. وينبغي لو ادعى الوارث الآخر أن المقر كاذب في إقراره أن يحلف المقر له بأنه لم يكن كاذباً بناء على قول أبي يوسف المفتى به كما مر قبيل باب الاستثناء: وفي البزازية: ادعى عليه ديوناً ومالاً وديعة فصالح الطالب على يسير سراً وأقر الطالب في العلانية أنه لم يكن له على المدعى عليه شيء، وكان ذلك في مرض المدعي، ثم مات فبرهن الوارث أنه كان لموزثي عليه أموال كثيرة وإنما قصد حرماننا لا تسمع، وإن كان المدعى عليه وارث المدعي وجرى ما ذكرنا فبرهن بقية الورثة على أن

= المشتري في إضافة العبد إلى نفسه وإشارته إليه كان مصدقاً له على ملكيته حال الإقرار، فيكون إنشاء تمليك كما مر في هذا الأصل، فيصح حينئذ من الثلث لأنه تبرع محض وحق الورثة قد تعلق بالتركة، وإنما صح إقراره بالبيع لأنه غير محجور عليه فيه، فعلى هذا يصح الإقرار بالبيع ولا يصح بالقبض، إلا أن يكون بمعاينة من شهود الإقرار، فينبغي أن يصح حتى لو أقرض ماله في حال مرضه، ثم أقر بقبضه فيه يصدق من الثلث لأنه صريح في التبرع كما مر آنفاً بقي الإشكال على صاحب «المحيط»، والظاهر أنه مشى على قاعدة الإقرار للأجنبي، ولم يعتبر صدور البيع في الصحة أو في المرض وأن مسألة الفتاوى صدقه فيه المدعي، فإنه قال: وادعى ذلك المشتري اهـ.

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (سواء كان المريض مديوناً أو لا للتهمة) المناسب في التعليل أن يقول: لأنه وصية وهي للوارث لا تجوز كما في التكملة.

(2) قال الرافعي: قوله: (إلا أن يكون الوارث كفيلاً إلخ) استثناء من مفهوم التقييد بقوله: وهو مديون..

(صحيح قضاء لا ديانة) فترتفع به مطالبة الدنيا لا مطالبة الآخرة. حاوي. إلا المهر فلا يصح على الصحيح. بزازية: أي: لظهور أنه عليه غالباً، بخلاف إقرار البنت في مرضها بأن الشيء الفلاني ملك أبي أو أمي لا حق لي فيه أو أنه كان عندي عارية فإنه يصح، ولا تسمع دعوى زوجها فيه كما بسطه في الأشباه قائلاً: فاغتنم هذا التحرير فإنه من مفردات كتابي ....

أبانا قصد حرماننا بهذا الإقرار تسمع[1] اهـ. وينبغي أن يكون في مسألتنا كذلك، لكن فرق في الأشباه بكونه متهماً في هذا الإقرار لتقدم الدعوى عليه والصلح جعله على يسير، والكلام عند عدم قرينة على التهمة اهـ.

قلت: وكثيراً ما يقصد المقر حرمان بقية الورثة في زماننا، وتدل عليه قرائن الأحوال القريبة من الصريح، فعلى هذا تسمع دعواهم بأنه كان كاذباً وتقبل بينتهم على قيام الحق على المقر له، ولهذا قال السائحاني: ما في المتن إقرار وإبراء[2] وكلاهما لا يصح للوارث كما في المتون والشروح فلا يعول عليه لئلا يصير حيلة لإسقاط الإرث الجبري اهـ والله أعلم. قوله: (صحيح قضاء) ومر في الفروع قبيل باب الدعوى. قوله: (كما بسطه في الأشباه) أقول: قد خالفه علماء عصره وأفتوا بعدم الصحة، منهم ابن عبد العال والمقدسي، وأخو المصنف والحانوتي والرملي، وكتب الحموي في الرد على ما قاله نقلاً عمن تقدم كتابة حسنة، فلتراجع.

أقول: وحاصل ما ذكره الرملي: أن قوله: لم يكن عليه شيء مطابق لما هو الأصل من خلوّ ذمته عن دينه، فليس إقراراً بل كاعترافه بعين في يد زيد بأنها لزيد فانتفت التهمة، ومثله ليس له على والده شيء من تركة أمه وليس لي على زوجي مهر على المرجوح، بخلاف ما هنا فإن إقرارها بما في يدها إقرار بملكها للوارث بلا شك، لأن أقصى ما يستدل به على الملك اليد، فكيف يصح وكيف تنتفي التهمة والنقول مصرحة بأن الإقرار بالعين التي في يد المقر كالإقرار بالدين، وإذا لم يصح في المهر على الصحيح، مع أن الأصل براءة الذمة فكيف يصح فيما فيه الملك مشاهد باليد؟ نعم لو كانت الأمتعة بيد الأب فلا كلام في الصحة. وفي حاشية البيري: الصواب أن ذلك إقرار للوارث بالعين بصيغة النفي، وما استند له المصنف في الدين لا العين وهو وصف في الذمة وإنما يصير مالاً بقبضه.

(1) قال الرافعي: قوله: (أن أبانا قصد حرماننا بهذا الإقرار تسمع) صوابه: لا تسمع.
(2) قال الرافعي: قوله: (ولهذا قال السائحاني: ما في المتن إقرار وإبراء إلخ) لا يستقيم ما قاله على إطلاقه لمخالفته النقل، والمتعين تقييد المتن بما إذا لم تقم القرينة على خلاف ما أقر به هذا المقر.

(وإن أقر المريض لوارثه) بمفرده أو مع أجنبيّ بعين أو دين (بطل) خلافاً للشافعي رضي الله تعالى عنه، ولنا حديث: «لا وصية لوارث، ولا إقرار له بدين[1]»[(1)] (إلا أن يصدقه) بقية (الورثة) فلو لم يكن وارث آخر أو،،أوصى لزوجته أو هي له صحت الوصية، وأما غيرهما فيرث الكل فرضاً ورداً فلا يحتاج لوصية. شرنبلالية. وفي شرحه للوهبانية أقرّ بوقف ولا وارث له، فلو على جهة عامة صح تصديق السلطان

قوله: (أو مع أجنبي) قال في نور العين: أقر لوارثه ولأجنبيّ بدين مشترك بطل إقراره عندهما تصادقا في الشركة أو تكاذبا. وقال محمد: للأجنبي[2] بحصته لو أنكر الأجنبي الشركة، وبالعكس لم يذكره محمد، ويجوز أن يقال: إنه على الاختلاف، والصحيح أنه لم يجز على قول محمد كما هو قولهما. قوله: (إلا أن يصدّقه) أي: بعد موته، ولا عبرة لإجازتهم قبله كما في خزانة المفتين وإن أشار صاحب الهداية لضده، وأجاب به ابنه نظام الدين وحافده عماد الدين. ذكره القهستاني شرح الملتقى. وفي النعمية: إذا صدق الورثة إقرار المريض لوارثه في حياته لا يحتاج لتصديقهم بعد وفاته. وعزاه لحاشية مسكين. قال: فلم تجعل الإجازة كالتصديق، ولعله لأنهم أقروا اهـ. وقدم الشارح في باب الفضولي: وكذا وقف بيعه لوارثه على إجازتهم اهـ. في الخلاصة: نفس البيع من الوارث لا يصح إلا بإجازة الورثة: يعني في مرض الموت وهو الصحيح، وعندهما: يجوز، لكن إن كان فيه غبن أو محاباة يخير المشتري بين الرد أو تكميل القيمة. سائحاني. قوله: (أو أوصى) في بعض النسخ: «وأوصى» بدون ألف. قوله: (لزوجته) يعني ولم يكن له وارث آخر، وكذا في عكسه كما في الشرنبلالية. قاله شيخ والدي مدني. قوله: (صحت) ومثله في حاشية الرملي على الأشباه فراجعها. قوله: (وأما غيرهما) أي: غير الزوجين. وفي الهامش: أقر رجل في مرضه بأرض في يده أنها وقف إن أقر بوقف من قبل نفسه كان من الثلث، كما لو أقرّ المريض بعتق عبده أو أقرّ أنه تصدّق به على فلان، وهي المسألة الأولى، قال: وإن أقر بوقف من جهة غيره إن صدقه ذلك الغير أو ورثته جاز في الكل، وإن أقر بوقف ولم يبين أنه منه أو من غيره فهو من الثلث. ابن الشحنة. كذا في الهامش. قوله: (صح إلخ) هذا مشكل فليراجع.

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (ولا إقرار له بدين) هذه الزيادة شاذة، والمشهور (لا وصية للوارث)، فالأولى الاقتصار على المشهور كما فعل صاحب «الدرر» لدلالة نفي الوصية على نفي الإقرار بالطريق الأولى، لأن بالوصية يذهب ثلث المال، وبالإقرار يذهب كله، فإبطالها إبطاله بالطريق الأولى كما في «المنبع» كذا في حواشي عبد الحليم.

(2) قال الرافعي: قوله: (وقال محمد للأجنبي إلخ) هنا سقط، وأصله: وقال محمد: جاز للأجنبي.

---

(١) رواه البخاري في كتاب: الوصايا، باب: لا وصية لوارث. (٥/ ٢٧٨).
جامع الأصول: ٩/ ٦٢٢ (٧٤١٧).

أو نائبه[1]، وكذا لو وقف خلافاً لما زعمه الطرسوسي فليحفظ (ولو) كان ذلك إقراراً (بقبض دينه أو غصبه أو رهنه) ونحو ذلك (عليه) أي: على وارثه أو عبد وارثه أو مكاتبه لا يصح لوقوعه لمولاه. ولو فعله ثم برىء ثم مات جاز كل ذلك

قوله: (لما زعمه الطرسوسي) أي: من أنه يكون من الثلث مع تصديق السلطان اهـ ح. كذا في الهامش. قوله: (ولو كان ذلك) أي: الإقرار ولو وصلية. قوله: (بقبض دينه) قال في الخانية: لا يصح إقرار مريض مات فيه بقبض دينه من وارثه، ولا من كفيل وارثه، إلى آخر ما يأتي في القرب من ذلك عن نور العين، وقيد بدين الوارث احترازاً عن إقراره باستيفاء دين الأجنبي.

والأصل فيه: أن الدين لو كان وجب له على أجنبي في صحته جاز إقراره باستيفائه ولو عليه دين معروف سواء وجب ما أقر بقبضه بدلاً عما هو مال كثمن أو لا كبدل صلح دم العمد والمهر ونحوه، ولو ديناً وجب في مرضه وعليه دين معروف أو دين وجب بمعاينة الشهود، فلو ما أقر بقبضه بدلاً عما هو مال لم يجز إقراره أي: في حق غرماء الصحة كما نقله السائحاني عن البدائع، ولو بدلاً عما ليس بمال جاز إقراره بقبضه ولو عليه دين معروف. جامع الفصولين. وفيه: لو باع في مرضه شيئاً بأكثر من قيمته فأقر بقبضه لم يصدق وقيل للمشتري أدّ ثمنه مرة أخرى[2] أو انقض البيع، عند أبي يوسف وعند محمد: يؤدي قدر قيمته أو نقض البيع. قوله: (أو غصبه) أي: بقبض ما غصبه منه. قوله: (ونحو ذلك) كأن يقر أنه قبض المبيع فاسداً منه أو أنه رجع فيما وهبه له مريضاً. حموي ط.

فرع: أقر بدين لوارثه أو لغيره ثم برىء فهو كدين صحته ولو أوصى لوارثه ثم برىء بطلت وصيته جامع الفصولين.

تتمة: في التاترخانية عن واقعات الناطفي: أشهدت المرأة شهوداً على نفسها لابنها أو لأخيها تريد بذلك إضرار الزوج، أو أشهد الرجل شهوداً على نفسه بمال لبعض الأولاد يريد به إضرار باقي الأولاد، والشهود يعلمون ذلك وسعهم أن لا يؤدوا الشهادة، إلى آخر ما ذكره العلامة البيري، وينبغي على قياس ذلك أن يقال: إن كان للقاضي علم بذلك لا يسعه الحكم. كذا في حاشية أبي السعود على الأشباه والنظائر. قوله: (ولو فعله) أي: الإقرار بهذه الأشياء للوارث.

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (فلو على جهة عامة صح تصديق السلطان أو نائبه) مقتضى كون الوقف وصية عدم توقفه على إجازة السلطان لتقدمها على بيت المال، ولعل هذا وجه الإشكال المذكور، ثم رأيت في «الإسعاف» في باب وقف المريض ما نصه: وإن كان عليه دين مخيط بماله ينقض وقفه ويباع في الدين، وإن لم يكن محيطاً يجوز الوقف في ثلث ما يبقى بعد الدين إن كان له ورثة، وإلا ففي كله اهـ.

(2) قال الرافعي: قوله: (وقيل للمشتري: أدّ ثمنه مرة أخرى إلخ) استشكل في التكملة قولهما في هذه فانظره، وانظر «الولوالجية».

لعدم مرض الموت. اختيار. ولو مات المقر له ثم المريض وورثة المقر له من ورثة المريض جاز إقراره كإقراره للأجنبي. بحر. وسيجيء عن الصيرفية (بخلاف إقراره) له أي: لوارثه (بوديعة مستهلكة) فإنه جائز.

وصورته أن يقول: كانت عندي وديعة لهذا الوارث فاستهلكتها. جوهرة.

والحاصل: أن الإقرار للوارث موقوف إلا في ثلاث مذكورة في الأشباه: منها إقراره بالأمانات كلها ....

قوله: (من ورثة المريض) كما إذا أقر لابن ابنه ثم مات ابن الابن عن أبيه. قوله: (وسيجيء) أي: قريباً. قوله: (بوديعة) الأصوب باستهلاك الوديعة. أي: المعروفة بالبينة. قوله: (مستهلكة) أي: وهي معروفة. قوله: (وصورته) قد أوضح المسألة في الولوالجية ولم يبين بهذه الصورة أن الوديعة معروفة كما صرح به في الأشباه وفي جامع الفصولين راقماً صورتها، أودع أباه ألف درهم في مرض الأب أو صحته عند الشهود فلما حضره الموت أقر بإهلاكه صدق، إذ لو سكت ومات ولا يدري ما صنع كان في ماله، فإذا أقرّ بإتلافه فأولى اهـ.

والحاصل: أن مدار الإقرار هنا على استهلاك الوديعة المعروفة لا عليها. قوله: (والحاصل) فيه مخالفة للأشباه، ونصها: وأما مجرد الإقرار للوارث فهو موقوف على الإجازة سواء كان بعين أو دين أو قبض منه أو أبرأه إلا في ثلاث: لو أقر بإتلاف وديعته المعروفة، أو أقر بقبض ما كان عنده وديعة، أو بقبض ما قبضه الوارث بالوكالة من مديونه، كذا في تلخيص الجامع. وينبغي أن يلحق بالثانية إقراره بالأمانات كلها ولو مال الشركة أو العارية والمعنى في الكل أنه لي فيه إيثار البعض، فاغتنم هذا التحرير فإنه من مفردات هذا الكتاب اهـ ط. قوله: (إقراره بالأمانات) أي: بقبض الأمانات التي عند وارثه لا بأن هذه العين لوارثه، فإنه لا يصح كما صرح به الشارح قريباً وصرح به في الأشباه، وهذا مراد صاحب الأشباه بقوله: وينبغي أن يلحق بالثانية إقراره بالأمانات كلها، فتنبه لهذا فإنا رأينا من يخطئ فيه ويقول: إن إقراره لوارثه بها جائز مطلقاً مع أن النقول مصرحة بأن إقراره له بالعين كالدين كما قدمناه عن الرملي، ومن هذا يظهر لك ما في بقية كلام الشارح، وهو متابع فيه للأشباه مخالفاً للمنقول وخالفه فيه العلماء الفحول كما قدمناه.

وفي الفتاوى الإسماعيلية: سئل فيمن أقرّ في مرضه أن لا حق له في الأسباب والأمتعة المعلومة مع بنته المعلومة وأنها تستحق ذلك دونه من وجه شرعي، فهل إذا كانت الأعيان المرقومة في يده وملكه فيها ظاهر ومات في ذلك المرض فالإقرار بها لوارثه باطل؟ الجواب: نعم على ما اعتمده المحققون ولو مصدراً بالنفي خلافاً للأشباه، وقد أنكروا عليه اهـ. ونقله السائحاني في مجتومته وردّ على الأشباه والشارح في هامش نسخته، وفي الحامدية: سئل في مريض مرض

ومنها النفي كلا حق لي قبل أبي أو أمي، وهذه الحيلة في إبراء المريض وارثه، ومنه هذا الشيء الفلاني ملك أبي أو أمي كان عندي عارية، وهذا حيث لا قرينة، وتمامه فيها فليحفظ فإنه مهم.

(أقر فيه) أي: في مرض موته **(لوارثه يؤمر في الحال بتسليمه إلى الوارث، فإذا مات يردّه)** بزازية. وفي القنية: تصرّفات المريض نافذة وإنما تنقض بعد الموت **(والعبرة لكونه وارثاً وقت الموت لا وقت الإقرار)** فلو أقر لأخيه مثلاً ثم ولد له صح الإقرار لعدم إرثه إلا إذا صار وارثاً وقت الموت **(بسبب جديد كالتزويج وعقد الموالاة)** فيجوز كما ذكره بقوله **(فلو أقر لها)** أي: لأجنبية **(ثم تزوجها صح، بخلاف اقراره لأخيه المحجوب)** بكفر أو ابن **(إذا زال حجبه)** بإسلامه أو بموت الابن فلا يصح لأن إرثه بسبب قديم لا جديد **(وبخلاف الهبة)** لها في مرضه **(والوصية لها)** ثم

الموت أقرّ فيه أنه لا يستحق عند زوجته هند حقاً وأبرأ ذمتها عن كل حق شرعي ومات عنها وعن ورثة غيرها وله تحت يدها أعيان وله بذمتها دين والورثة لم يجيزوا الإقرار فهل يكون غير صحيح؟ الجواب: يكون الإقرار غير صحيح[1] والحالة هذه، والله تعالى أعلم. **قوله: (ومنها النفي)** فيه أنه ليس بإقرار للوارث كما صوّبه في الأشباه. **قوله: (كلا حق لي)** هذا صحيح في الدين لا في العين كما مر. **قوله: (أو أمي)** ومنها إقراره بإتلاف وديعته المعروفة كما في المتن. كذا في الهامش. **قوله: (ومنه هذا الشيء)** هذا غير صحيح كما علمته مما مر. **قال في البحر** في متفرقات القضاء: ليس لي على فلان شيء ثم ادعى عليه مالاً وأراد تحليفه لم يحلف، وعند أبي يوسف: يحلف للعادة، وسيأتي في مسائل شتى آخر الكتاب: أن الفتوى على قول **أبي يوسف**، اختاره أئمة خوارزم. لكن اختلفوا فيما إذا ادعاه وارث المقر على قولين، ولم يرجح في البزازية منهما شيئاً، **وقال الصدر الشهيد**: الرأي في التحليف إلى القاضي، وفسره في فتح القدير بأنه يجتهد بخصوص الوقائع، فإن غلب على ظنه أنه لم يقبض حين أقر يحلف الخصم، وإن لم يغلب على ظنه ذلك لا يحلفه، وهذا إنما هو في المتفرس في الأخصام اهـ. **قلت**: وهذا مؤيد لما بحثناه والحمد لله.

تتمة: قال في التاترخانية عن الخلاصة: رجل قال: استوفيت جميع مالي على الناس من الدين لا يصح إقراره، وكذا لو قال: أبرأت جميع غرمائي لا يصح إلا أن يقول: قبيلة فلان وهم يحصون فحينئذ يصح إقراره وإبراؤه. **قوله: (بسبب قديم)** أي: قائم وقت الإقرار، ولو أقر لوارثه وقت إقراره ووقت موته وخرج من أن يكون وارثاً فيما بين ذلك بطل إقراره عند أبي يوسف لا عند محمد. نور العين، عن قاضيخان. وفي جامع الفصولين: أقر لابنه وهو قنّ ثم عتق فمات

---

(1) قال الرافعي: قوله: (الجواب يكون الإقرار غير صحيح) يظهر إذا قامت قرينة على خلاف ما أقر به.

تزوجها فلا تصح، لأن الوصية تمليك بعد الموت وهي حينئذ وارثة (أقر فيه أنه كان له على ابنته الميتة عشرة دراهم قد استوفيتها وله) أي: للمقر (ابن ينكر ذلك صح إقراره) لأن الميت ليس بوارث (كما لو أقر لامرأته في مرض موته بدين ثم ماتت قبله وترك) منها (وارثاً) صح الإقرار (وقيل لا) قائله بديع الدين. صيرفية. ولو أقر فيه لوارثه ولأجنبي بدين لم يصح خلافاً لمحمد، عمادية (وإن أقر لأجنبي) مجهول نسبه (ثم أقر ببنوته) وصدقه وهو من أهل التصديق (ثبت نسبه) مستنداً لوقت العلوق (و) إذا ثبت (بطل إقراره) لما مر ولو لم يثبت بأن كذبه أو عرف نسبه صح الإقرار لعدم ثبوت النسب. شرنبلالية معزياً للينابيع (ولو أقر لمن طلقها ثلاثاً) يعني بائناً (فيه) أي:

الأب جاز لأنه للمولى لا للقن[1]، بخلاف الوصية لابنه وهو قن ثم عتق فإنها تبطل لأنها حينئذ للابن اهـ. وبيانه في المنح، وانظر ما كتبناه في الوصايا. **قوله: (ليس بوارث)** يفيد أنها لو كانت حية وارثة لم يصح. **قال في الخانية:** لا يصح إقرار مريض مات فيه بقبض دين من وارثه ولا من كفيل وارثه ولو كفل في صحته، وكذا لو أقر بقبضه من أجنبي تبرع عن وارثه. وكل رجلاً ببيع شيء معين فباعه من وارث موكله وأقر بقبض الثمن من وارثه، أو أقر أن وكيله قبض الثمن ودفعه إليه لا يصدق، وإن كان المريض هو الوكيل وموكله صحيح فأقر الوكيل أنه قبض الثمن من المشتري وجحد الموكل صدق الوكيل، ولو كان المشتري وارث الوكيل والموكل والوكيل مريضان فأقر الوكيل بقبض الثمن لا يصدق، إذ مرضه يكفي لبطلان إقراره لوارثه بالقبض فمرضهما أولى. مريض عليه دين محيط فأقر بقبض وديعة أو عارية أو مضاربة كانت له عند وارثه صح إقراره. لأن الوارث لو ادعى رد الأمانة إلى مورثه المريض وكذبه المورث يقبل قوله الوارث اهـ من نور العين قبيل كتاب الوصية. **قوله: (خلافاً لمحمد)**.

فرع: باع فيه من أجنبي عبداً وباعه الأجنبي من وارثه أو وهبه منه صح إن كان بعد القبض، لأن الوارث ملك العبد من الأجنبي لا من مورثه. بزازية. **قوله: (عمادية)** قدمنا عبارتها عن نور العين. **قوله: (لمن طلقها)** أي: في مرضه.

فرع: إقراره لها: أي: للزوجة بمهرها إلى قدر مثله صحيح لعدم التهمة فيه، وإن بعد الدخول **قال الإمام ظهير الدين:** وقيل جرت العادة بمنع نفسها قبل قبض مقدار من المهر فلا يحكم بذلك القدر إذا لم تعترف بالقبض. والصحيح أنه يصدق إلى تمام مهر مثلها وإن كان الظاهر أنها استوفت شيئاً. بزازية. وفيها أقر فيه لامرأته التي ماتت عن ولد بقدر مهر مثلها وله ورثة أخرى لم يصدقوه في ذلك. **قال القاضي الإمام:** لا يصح إقراره، ولا يناقض هذا ما تقدم لأن الغالب هنا بعد موتها استيفاء ورثتها أو وصيها المهر، بخلاف الأول اهـ.

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (جاز لأنه للمولى لا للقن)** وإذا كان مديوناً لا يصح «محيط».

في مرض موته (فلها الأقل من الإرث والدين) ويدفع لها ذلك بحكم الإقرار لا بحكم الإرث حتى لا تصير شريكة في أعيان التركة. شرنبلالية (وهذا إذا) كانت في العدة و (طلقها بسؤالها) فإذا مضت العدة جاز لعدم التهمة. عزمية (وإن طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغاً ما بلغ، ولا يصح الإقرار لها) لأنها وارثة إذ هو فارّ، وأهمله أكثر المشايخ لظهوره من كتاب الطلاق (وإن أقرّ لغلام مجهول)[1] النسب في مولده أو في بلد هو فيها وهما في السن بحيث (يولد مثله لمثله إنه ابنه وصدقه الغلام) لو مميزاً وإلا لم يحتج لتصديقه كما مر، وحينئذ (ثبت نسبه) ولو المقر (مريضاً و) إذا ثبت (شارك) الغلام (الورثة) فإن انتفت هذه الشروط يؤاخذ المقر من حيث استحقاق المال، ....

فرع: في التاترخانية عن السراجية: ولو قال: مشترك أو شركة في هذه الدار فهذا إقرار بالنصف. وفي العتابية: ومطلق الشركة بالنصف عند أبي يوسف، وعند محمد ما يفسره المقر، ولو قال: في الثلثين موصولاً صدق، وكذا قوله: بيني وبينه أو لي وله اهـ. قوله: (وإن أقر لغلام) كان الأولى تقديم هذه المسألة على قوله: «وإن أقر لأجنبي ثم أقر ببنوته» لأن الشروط الثلاثة هنا معتبرة هناك أيضاً. كذا في حاشية مسكين عن الحموي. قوله: (أو في بلد) حكاية قول آخر: قال في الحواشي اليعقوبية: مجهول النسب من لا يعلم له أب في بلده على ما ذكر في شرح تلخيص الجامع لأكمل الدين، والظاهر: أن المراد به بلد هو فيه كما ذكر في القنية[2] لا مسقط رأسه كما ذكره البعض، لأن المغربي إذا انتقل إلى المشرق فوقع عليه حادثة يلزم أن يفتش عن نسبه في المغرب، وفيه من الحرج ما لا يخفى فليحفظ هذا اهـ. قوله: (وحينئذ) ينبغي حذفها، فإن بذكرها صار الشرط بلا جواب ح. قوله: (هذه الشروط) أي: أحدهما ح. قوله: (من حيث استحقاق المال) إن كان المراد بالمال هو المقر به كما هو ظاهر قوله: «كما مرّ» أعني بأن أقر لأجنبي ثم أقر ببنوته ولم تثبت بسبب انتفاء شرط فمع أنه تكرار لا محل له هنا، وإن كان المراد به الإرث كما هو ظاهر قوله كما لو أقر بأخوّة غيره، فيكون المعنى: إن أقر لغلام أنه ابنه ولم يثبت نسبه بسبب انتفاء شرط من هذه الشروط شارك الورثة فلا يظهر وجهه إذ تقدم أن إقراره له بالمال صحيح، ولا يصح الإقرار لوارث كما مر أن المؤاخذة حينئذ ليست للمقر، بل للورثة حيث

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (وإن أقر لغلام مجهول إلخ) ولو تنازع المقر والمقر له في أنه مجهول لا رواية فيه، انظر آخر الفصل العاشر من «الفصولين».

(2) قال الرافعي: قوله: (أن المراد به بلد هو فيه كما ذكر في «القنية» إلخ) الذي قدمه في أول كتاب العتق أن مختار المحققين من شراح «الهداية» وغيرهم أنه الذي لا يعرف نسبه في مولده ومسقط رأسه، وتمامه في «الدرر» وقال ط هناك: وهو المعتمد.

كما لو أقرّ بأخوّة غيره كما مر عن الينابيع. كذا في الشرنبلالية فيحرر عند الفتوى (و) الرجل (صح إقراره) أي: المريض (بالولد والوالدين) قال في البرهان: وإن علياً قال المقدسي: وفيه نظر لقول الزيلعي: لو أقر بالجد أو ابن الابن لا يصح لأن فيه حمل النسب على الغير (بالشروط) الثلاثة (المتقدمة) في الابن (و) صح (بالزوجة بشرط خلوّها عن زوج وعدته وخلوه) أي: المقر (عن أختها) مثلاً (وأربع سواها و) صح (بالمولى) من جهة العتاقة[1] (إن لم يكن ولاؤه ثابتاً من جهة غيره) أي: غير المقر[2] (و) المرأة صح (إقرارها بالوالدين والزوج والمولى) الأصل أن إقرار الإنسان على نفسه حجة لا على غيره.

قلت: وما ذكره من صحة الإقرار بالأم كالأب هو المشهور الذي عليه الجمهور، وقد ذكر الإمام العتابي في فرائضه أن الإقرار بالأم لا يصح، وكذا في ضوء السراج لأن النسب للآباء لا للأمهات، وفيه حمل الزوجية على الغير فلا يصح اهـ. ولكن الحق صحته بجامع الأصالة فكانت كالأب فليحفظ (و) كذا صح (بالولد إن شهدت) امرأة ولو (قابلة) ....

شاركهم في الإرث، ومع هذا فإن كان الحكم كذلك فلا بد له من نقل صريح حتى يقبل، وقد راجعت عدة كتب فلم أجده ولعله لهذه أمر الشارح بالتحرير، فتأمل. قوله: (عن الينابيع) الذي قدمه الشرنبلالي عن الينابيع عند قوله: أقر لأجنبي ثم بنوته نصه ولو كذبه أو كان معروف النسب من غيره لزمه ما أقر به ولا يثبت النسب اهـ. ثم كتب هنا ما نقله الشارح عنه. قوله: (فيحرر) لم يظهر لي المخالفة الموجبة للتحرير. تأمل ح. قوله: (والرجل صح إقراره) في بعض النسخ إسقاط الرجل ولفظه وصح إقراره. قوله: (أي المريض) الأولى تركه ح. قوله: (وإن عليا) بتحريك ثلاثة حروفه: أي: الوالدان، وفيه نظر وجهه ظاهر فهو كإقراره ببنت ابن. قال في جامع الفصولين: أقر ببنت فلها النصف والباقي للعصبة إذ إقراره ببنت جائز لا ببنت الابن اهـ. وما ذاك إلا لأن فيه تحميل النسب على الابن، فتدبر ط. قوله: (لا يصح) وسيأتي متناً التصريح به. قوله: (وكذا صح) أي: إقرارها. قوله: (ولو قابلة) أفاده بمقابلته بعده[3] بقوله: أو صدقها الزوج أن هذا حيث

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (من جهة العتاقة) وكذا من جهة الموالاة.

(2) قال الرافعي: قول الشارح: (أي: غير المقر) هذا فيما إذا قال المولى: هذا عبدي أعتقته، ولو قال: هذا مولاي الذي أعتقني، فالشرط أن لا يكون الولاء ثابتاً من جهة غير المقرّ له اهـ. سندي.

(3) قال الرافعي: قوله: (أفاد بمقابلته بعده إلخ) هذه المقابلة لا تفيد أن ما قبلها في جحود الزوج للولادة، بل يحتمل ذلك ويحتمل جحد التعيين.

بتعيين الولد أما النسب فبالفراش. شمني. ولو معتدة جحدت ولادتها فبحجة تامة كما مر في باب ثبوت النسب **(أو صدقها الزوج إن كان)** لها زوج **(أو كانت معتدة)** منه **(و)** صح **(مطلقاً إن لم تكن كذلك)** أي: مزوجة ولا معتدة **(أو كانت)** مزوجة **(وادعت أنه من غيره)** فصار كما لو ادعاه منها لم يصدق في حقها إلا بتصديقها.

قلت: بقي لو لم يعرف لها زوج غيره لم أره فيحرر **(ولا بد من تصديق هؤلاء إلا في الولد إذا كان لا يعبر عن نفسه)** لما مر أنه حينئذ كالمتاع **(ولو كان المقر له عبد الغير اشترط تصديق مولاه)** لأن الحق له **(وصح التصديق)** من المقر له **(بعد موت المقر)** لبقاء النسب والعدة بعد الموت **(إلا تصديق الزوج بموتها)** مقرة لانقطاع

جحد الزوج وادعته منه وأفاد أنها ذات زوج؛ بخلاف المعتدة كما صرح به الشارح، أما إذا لم تكن ذات زوج ولا معتدة أو كان لها زوج وادعت أن الولد من غيره فلا حاجة إلى أمر زائد على إقرارها، صرح بذلك كله ابن الكمال وسيأتي. **قوله: (بتعيين الولد)** كما علمت مما قدمناه أن الكلام فيما إذا أنكر الولادة[1] وشهادة القابلة بتعيين الولد فيما إذا تصادقا على الولادة وأنكر التعيين. وعبارة غاية البيان عن شرح الأقطع: فتثبت الولادة بشهادتها ويلتحق النسب بالفراش اهـ. والظاهر: أن ما أفاده الشارح[2] حكمه كذلك. **قوله: (وصح مطلقاً)** أفاد أن ما ذكره من الشروط إنما هو لصحة الإقرار بالنسب لئلا يكون تحميلاً على الزوج، فلو فقط شرط صح إقرارها عليها فيرثها الولد وترثه إن صدقها ولم يكن لهما وارث غيرهما فصار كالإقرار بالأخ، ويفهم هذا مما قدمنا، وفي غاية البيان: ولا يجوز إقرار المرأة بالولد، وإن صدقها: يعني الولد، ولكنهما يتوارثان إن لم يكن لهما وارث معروف لأنه اعتبر إقرارها في حقها، ولا يقضى بالنسب لأنه لا يثبت بدون الحجة وهي ما إذا شهدت القابلة على ذلك وصدقها الولد فيثبت، وما إذا صدقها زوجها فيثبت بتصادقهما لأنه لا يتعدى إلى غيرهما اهـ. **قوله: (من غيره)** أي: فصح إقرارها في حقها فقط. **قوله: (قلت)** أقول: غاية ما يلزم على عدم معرفة زوج آخر كونه من الزنى مع الزنى أنه ليس بلازم، وبفرض تحقق كونه من الزنى يلزمها أيضاً لأن ولد الزنى واللعان يرث بجهة الأم فقط، فلا وجه للتوقف في ذلك. كذا في حاشية مسكين لأبي السعود المصري. **قوله: (وصح التصديق إلخ)** أي: ولو بعد جحود المقر لقول البزازي: أقر أنه تزوج فلانة في صحة أومرض ثم جحد وصدقته المرأة في حياته أو بعد موته جاز. سائحاني. **قوله: (بموتها)** كذا في نسخة وهي الصواب موافقاً لما في شرحه على الملتقى.

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (كما علمت مما قدمناه أن الكلام فيما إذا أنكر الولادة إلخ)** فيه أن الكلام أعم من إنكار الولادة أو التصديق عليها مع إنكار التعيين.

(2) **قال الرافعي: قوله: (والظاهر أن ما أفاده الشارح إلخ)** لا معنى لذكر هذه العبارة هنا.

النكاح بموته ولهذا ليس له غسلها، بخلاف عكسه (ولو أقرّ) رجل (بنسب) فيه تحميل (على غيره) لم يقل من غير ولاد كما في الدرر لفساده بالجد وابن الابن كما قال: (كالأخ والعم والجد وابن الابن لا يصح) الإقرار (في حق غيره) إلا ببرهان، ومنه إقرار اثنين كما مر في باب ثبوت النسب فليحفظ وكذا لو صدقه المقر عليه أو الورثة وهم من أهل التصديق (ويصح في حق نفسه حتى يلزمه) أي: المقر (الأحكام من النفقة والحضانة والإرث إذا تصادقا عليه)[1] أي على ذلك الإقرار لأن إقرارهما حجة عليهما (فإن لم يكن له) أي: لهذا المقر (وارث غير مطلقاً) لا قريباً كذوي الأرحام ولا بعيداً كمولى الموالاة. عيني وغيره (ورثه وإلا لا) لأن نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف، والمراد غير الزوجين لأن وجودهما غير مانع. قاله ابن الكمال. ثم للمقر أن يرجع عن إقراره، لأنه وصية من وجه. زيلعي: أي: وإن صدقه المقر له كما في البدائع، لكن نقل المصنف عن شروح السراجية أن

قوله: (في باب ثبوت النسب) حيث قال: أو تصديق بعض الورثة فيثبت في حق المقرين، وإنما يثبت النسب في حق غيرهم حتى الناس كافة إن تم نصاب الشهادة بهم: أي: بالمقرين، وإلا يتم نصابها لا يشارك المكذبين اهـ. قوله: (أو الورثة) يغني عنه قوله: ومنه إقرار اثنين ط. لكن كلامنا هنا في تصديق المقر وهناك في نفس الإقرار وإن كانا في المعنى سواء، لكن بينهما فرق وهو أن التصديق بعد العلم بإقرار الأول كقوله: نعم أو صدق، والإقرار لا يلزم منه العلم. تأمل. قوله: (كذوي الأرحام) فسر القريب في العناية بذوي الفروض والعصبات والبعيد بذوي الأرحام، والأول أوجه لأن مولى الموالاة إرثه بعد ذوي الأرحام. شرنبلالية. قوله: (ورثه) تتمة: إرث المقر له حيث لا وارث له غيره يكون مقتصراً عليه، ولا ينتقل إلى فرع المقر له ولا إلى أصله لأنه بمنزلة الوصية. شيخنا عن جامع الفصولين. كذا في حاشية مسكين. قوله: (المعروف) قريباً أو بعيداً فهو أحق بالإرث من المقر له حتى لو أقر بأخ وله عمة أو خالة فالإرث للعمة أو للخالة لأن نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف. درر. كذا في الهامش. قوله: (والمراد غير الزوجين) أي: بالوارث الذي يمنع المقر له من الإرث. قوله: (وإن صدقه المقر له) صوابه المقر عليه كما عبر به فيما مر، ويدل عليه كلام المنح حيث قال: وقوله: أي: الزيلعي للمقر إنه يرجع عنه، محله ما إذا لم يصدق المقر له على إقراره أو لم يقر بمثل إقراره إلخ، وعزاه لبعض شروح السراجية فقوله: أو لم يقر، لا شك أن الضمير فيه للمقر عليه لا المقر له، فعلم أن

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (إذا تصادقا عليه) أي: إذا كان المقر له من أهل التصديق كما مر في الإقرار بالابن ونحوه، وحينئذ يظهر ذكر الحضانة. تأمل.

بالتصديق يثبت النسب فلا ينفع الرجوع فليحرر عند الفتوى **(ومن مات أبوه فأقر بأخ شاركه في الإرث)** فيستحق نصف نصيب المقر **(ولم يثبت نسبه)** لما تقرر أن إقراره مقبول في حق نفسه فقط.

المقر له صوابه المقر عليه[I] كما عبر به صاحب المنح في كتاب الفرائض، ويدل عليه قوله الآتي: إن بالتصديق يثبت النسب، ولا يكون ذلك إلا في المقر عليه.

قال في روح الشروح على السراجية[١]. واعلم: أنه إن شهد مع المقر رجل آخر أو صدقه المقر عليه أو الورثة وهم من أهل الإقرار فلا يشترط الإصرار على الإقرار إلى الموت ولا ينفع الرجوع لثبوت النسب ح اهـ.

وفي شرح فرائض الملتقى للطرابلسي: وصح رجوعه لأنه وصية معنى ولا شيء للمقر له من تركته. قال في شرح السراجية المسمى بالمنهاج وهذا إذا لم يصدق المقر عليه إقراره قبل رجوعه أو لم يقر بمثل إقراره، أما إذا صدق إقراره قبل رجوعه أو أقر بمثل إقراره فلا ينفع المقر رجوعه عن إقراره، لأن نسب المقر له قد ثبت من المقر عليه اهـ. فهذا كلام شرّاح السراجية، فالصواب التعبير بعليه كما عبر به في المنح في كتاب الفرائض، وإن كانت عبارتها هنا كعبارة الشارح، وكذا عبارة الشارح في الفرائض غير محررة، فتنبه. قوله: (عند الفتوى) أقول: تحريره أنه لو صدقه المقرّ له فله الرجوع، لأنه لم يثبت النسب وهو ما في البدائع، ولو صدقه المقر عليه لا يصح رجوعه، لأنه بعد ثبوته وهو ما في شروح السراجية فمنشأ الاشتباه تحريف الصلة فالموضوع مختلف ولا يخفى أن هذا كله في غير الإقرار بنحو الولد. قوله: (نصف نصيب المقر) ولو معه وارث آخر. شرح الملتقى وبيانه في الزيلعي. قوله: (في حق نفسه) فصار كالمشتري إذا أقر أن البائع كان أعتق العبد المبيع يقبل إقراره في العتق ولم يقبل في الرجوع بالثمن. بيانية. وفي الزيلعي: فإذا قبل إقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصيب المقر مطلقاً عندنا. وعند مالك وابن أبي ليلى: يجعل إقراره شائعاً في التركة فيعطي المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك، حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقر بأخ آخر فكذبه أخوه المعروف فيه أعطى المقر نصف ما في يده، وعندهما: يعني عند مالك وابن أبي ليلى ثلث ما في يده، لأن المقر قد أقر له بثلث شائع في النصفين فنفذ إقراره في حصته وبطل ما كان في حصة أخيه، فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال، والسدس الآخر في نصيب أخيه بطل إقراره فيه لما ذكرنا ونحن نقول: إن في زعم المقر أنه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بإنكاره، فيجعل ما في يد المنكر كالهالك

(I) قال الرافعي: قوله: (صوابه المقر عليه) لا وجه للتصويب.

---

(١) كتاب روح الشروح على السراجية.
انظر كشف الظنون: ٢/١٢٤٩.

قلت: بقي لو أقر الأخ بابن هل يصح؟ **قال الشافعية:** لا، لأن ما أدى وجوده إلى نفيه انتفى من أصله ولم أره لأئمتنا صريحاً، وظاهر كلامهم: نعم فليراجع **(وإن ترك)** شخص **(ابنين وله على آخر مائة فأقر أحدهما بقبض أبيه خمسين منها فلا شيء للمقر)** لأن إقراره ينصرف إلى نصيبه **(وللآخر خمسون)** بعد حلفه أنه لا يعلم أن أباه قبض شطر المائة قاله الأكمل.

فيكون الباقي بينهما بالسوية ولو أقر بأخت تأخذ ثلث ما في يده وعندهما خمسه، ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن وبنت يقسم نصيب المقرين أخماساً وعندهما أرباعاً والتخريج ظاهر؛ ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما في يده، ولو أقر بجدة هي أم الميت أخذت سدس ما في يده فيعامل فيما في يده كما يعامل لو ثبت ما أقر به اهـ. وتمامه فيه. **قوله: (بابن)** أي: من أخيه الميت. **قوله: (انتفى)** هذه مسألة الدور الحكمي التي عدها الشافعية من موانع الإرث لأنه يلزم من التوريث عدمه، بيانه: أنه إذا أقر أخ حائز بابن للميت ثبت نسبه ولا يرث لأنه لو ورث لحجب الأخ فلا يكون الأخ وارثاً حائزاً فلا يقبل إقراره بالابن، فلا يثبت نسبه فلا يرث، لأن إثبات الإرث يؤدي إلى نفيه، وما أدى إثباته إلى نفيه انتفى من أصله، وهذا هو الصحيح من مذهبهم لكن يجب على المقر باطناً أن يدفع للابن التركة إذا كان صادقاً في إقراره. **قوله: (وظاهر كلامهم نعم)** يعني ظاهر كلامهم صحة إقرار هذا الأخ بالابن، ويثبت نسبه في حق نفسه فقط فيرث الابن دونه لما **قالوا:** إن الإقرار بنسب على غيره يصح في حق نفسه، حتى تلزمه الأحكام من النفقة والحضانة لا في حق غيره، وقد رأيت المسألة منقولة[1] ولله تعالى الحمد والمنة في فتاوى العلامة قاسم بن قطلوبغا الحنفي ونصه: **قال محمد في الإملاء:** ولو كانت للرجل عمة أو مولى نعمة فأقرت العمة أو مولى النعمة بأخ للميت من أبيه أو أمه أو بعم أو بابن عم أخذ المقر له الميراث كله، لأن الوارث المعروف أقر بأنه مقدم عليه في استحقاق ماله وإقراره حجة على نفسه اهـ. هذا كلامه. ثم قال: فلما لم يكن في هذا دور عندنا لم يذكر في الموانع وذكر في بابه اهـ. **قوله: (إلى نصيبه)** فيجعل كأنه استوفى نصيبه، ولأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون لأن الديون تقضى بأمثالها ثم تلتقي قصاصاً، فقد أقر بدين على الميت فيلزم المقر كما مر قبل باب الاستثناء، ولا يجري في هذه المسألة الخلاف السابق كما لا يخفى على الحاذق. **قوله: (بعد حلفه)** أي: حلف المنكر أي: لأجل الأخ لا لأجل الغريم، لأنه لا ضرر على الغريم فلا ينافي ما يأتي، ولو نكل شاركه المقر.

(1) **قال الرافعي: قوله: (وقد رأيت المسألة منقولة إلخ)** في «المنبع» وههنا صورة أخرى، وهي ما إذا أقر الأخ بابن لأخيه الميت، قال في «الوجيز» الظاهر أنه يثبت النسب دون الميراث إذ لو ثبت يحرم الأخ ويخرج عن أهلية الإقرار، وقيل: إنهما يثبتان وقيل: إنهما لا يثبتان.

قلت: وكذا الحكم لو أقر أن أباه قبض كل الدين.لكنه هنا يحلف لحق الغريم. زيلعي.

فَصْلٌ فِي مَسَائِلَ شَتَّى

(أقرت الحرة المكلفة بدين) لآخر (فكذبها زوجها صح) إقرارها (في حقه أيضاً) عند أبي حنيفة **(فتحبس)** المقرة **(وتلازم)** وإن تضرّر الزوج، وهذه إحدى المسائل الستّ الخارجة من قاعدة الإقرار حجة قاصرة على المقر ولا يتعدى إلى غيره، وهي في الأشباه. وينبغي أن يخرج أيضاً من كان في إجارة غيره فأقر لآخر بدين فإن له حبسه وإن تضرر المستأجر، وهي واقعة الفتوى ولم نرها صريحة **(وعندهما لا)**[1] تصدق في حق الزوج فلا تحبس ولا تلازم. درر.

قلت: وينبغي أن يعوّل على قولهما إفتاء وقضاء، ....

قوله: (لكنه) الاستدراك يقتضي أن لا يحلف في الأولى، وبه صرح الزيلعي[2]، وهو مخالف لما قدمه عن الأكمل ومر جوابه. قوله: (يحلف) أي: المنكر بالله لم يعلم أنه قبض الدين، فإن نكل برئت ذمة المدين، وإن حلف دفع إليه نصيبه، بخلاف المسألة الأولى حيث لا يحلف لحق الغريم، لأن حقه كله حصل له من جهة المقر فلا حاجة إل تحليفه، وهنا لم يحصل إلا النصف فيحلفه. زيلعي.

فَصْلٌ فِي مَسَائِلَ شَتَّى

قوله: (وهي في الأشباه) وعبارتها: الإقرار حجة قاصرة على المقر ولا يتعدى إلى غيره، فلو أقر المؤجر أن الدار لغيره لا تنفسخ الإجارة إلا في مسائل: لو أقرت الزوجة بدين فللدائن حبسها وإن تضرر الزوج، ولو أقر المؤجر بدين لا وفاء له إلا من ثمن العين فله بيعها لقضائه وإن تضرر المستأجر، ولو أقرت مجهولة النسب بأنها بنت أبي زوجها وصدقها الأب انفسخ النكاح بينهما بخلاف ما إذا أقرت بالردة، ولو طلقها ثنتين بعد الإقرار بالرق لم يملك الرجعة، وإذا ادعى ولد أمته المبيعة وله أخ ثبت نسبه وتعدى إلى حرمان الأخ من الميراث لكونه للابن، وكذا المكاتب إذا ادعى نسب ولد حرة في حياة أخيه صحت وميراثه لولده دون أخيه كما في الجامع اهـ. قوله: (وينبغي) البحث لصاحب المنح. قوله: (إفتاء وقضاء) بنصبهما.

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (وعندهما لا) محل الخلاف فيما إذا لم يذكر المقر له سبباً، وإلا يصح إقرارها في حق الزوج أيضاً عند الكل، كما ذكره في حيل «التتارخانية» ونقله الحموي عنها.

(2) قال الرافعي: قوله: (وبه صرح الزيلعي إلخ) ليس في الزيلعي ما يقتضي أنه لا يحلف في الأولى =

لأن الغالب أن الأب يعلمها الإقرار له أو لبعض أقاربها ليتوصل بذلك إلى منعها بالحبس عنده عن زوجها كما وقفت عليه مراراً حين ابتليت بالقضاء. كذا ذكره المصنف.

(مجهولة النسب أقرت بالرق لإنسان) وصدقها المقر له **(ولها زوج وأولاد منه)** أي: الزوج **(وكذبها)** زوجها **(صح في حقها خاصة)** فولد علق بعد الإقرار رقيق خلافاً لمحمد **(لا)** في **(حقه)** يرد عليه انتقاض طلاقها كما حققه في الشرنبلالية **(وحق**

قوله: **(لأن الغالب)** فيه نظر إذ العلة خاصة والمدعى عام، لأنه لا يظهر فيما إذا كان الإقرار لأجنبي. وقوله: «ليتوصل إلخ» لا يظهر أيضاً إذ الحبس عند القاضي لا عند الأب، فإذا المعول عليه قول الإمام، وأيضاً لم يستند في هذا التصحيح لأحد من أئمة الترجيح ط. لكن قوله: إذ الحبس عند القاضي مخالف لما مر في بابه أن الخيار فيه للمدعي. قوله: **(مجهولة النسب أقرت)** ليس على إطلاقه لما في الأشباه: مجهول النسب إذ أقر بالرق لإنسان وصدقه المقر له صح وصار عبده إذا كان قبل تأكد الحرية بالقضاء، أما بعد قضاء القاضي عليه بحد كامل أو بالقصاص في الأطراف لا يصح إقراره بالرق بعد ذلك اهـ. سائحاني. قوله: **(فولد)** التفريع غير ظاهر[1] ومحله فيما بعد، والظاهر أن يقال: فتكون رقيقة له كما أفاده في العزمية. قوله: **(كما حققه في الشرنبلالية)** حيث قال: لأنه نقل[2] في المحيط عن المبسوط أن طلاقها ثنتان وعدتها حيضتان بالإجماع لأنها صارت أمة، وهذا حكم يخصها. ثم نقل عن الزيادات: ولو طلقها الزوج تطليقتين وهو لا يعلم بإقرارها ملك عليها الرجعة، ولو علم لا يملك وذكر في الجامع لا يملك علم أو لم يعلم قيل ما ذكره قياس[3]، وما ذكره في الجامع استحسان، وفي الكافي: آلى وأقرت قبل شهرين فهما عدّته، وإن أقرت بعد مضي شهرين فأربعة. والأصل أنه متى أمكن تدارك ما خاف فوته بإقرار الغير ولم يتدارك بطل حقه، لأن فوات حقه مضاف إلى تقصيره، فإن لم يمكن التدارك لا يصح الإقرار في حقه، فإذا أقرت بعد شهر أمكن الزوج التدارك، وبعد شهرين لا يمكنه، وكذا الطلاق والعدة حتى لو طلقها ثنتين ثم أقرت يملك الثالثة، ولو أقرت قبل الطلاق تبين بثنتين، ولو مضت من عدتها حيضتان ثم أقرت يملك الرجعة، ولو مضت حيضة ثم أقرت تبين بحيضتين اهـ.

= بالكلية بل نفي التحليف لحق الغريم، حيث قال: إلا أنه هنا يحلف المنكر لحق المدين بخلاف الأولى حيث لا يحلف لحق الغريم إلخ.

(1) قال الرافعي: قوله: **(التفريع غير ظاهر)** بل هو ظاهر لأنه حكم برقها خاصة وولد الرقيق رقيق تأمل.

(2) قال الرافعي: قوله: **(حيث قال: لأنه نقل إلخ)** هنا سقط، وأصله حيث قال: ويرد على كون إقرارها غير صحيح في حقه انتقاض طلاقها لأنه نقل إلخ.

(3) قال الرافعي: قوله: **(قيل ما ذكره قياس)** هنا سقط وأصله قيل: ما ذكره في الزيادات قياس.

الأولاد) وفرّع على حقه بقوله **(فلا يبطل النكاح)** وعلى حق الأولاد بقوله: **(وأولاد حصلت قبل الإقرار وما في بطنها وقته أحرار)** لحصولهم قبل إقرارها بالرق.

(مجهول النسب حرّر عبده ثم أقر بالرق لإنسان وصدقه) المقر له **(صح)** إقراره **(في حقه)** فقط **(دون إبطال العتق، فإن مات العتيق يرثه وارثه إن كان)** له وارث يستغرق التركة **(وإلا فيرث)** الكل أو الباقي. كافي وشرنبلالية **(المقر له، فإن مات المقر ثم العتيق فإرثه لعصبة المقر)** ولو جنى هذا العتيق سعى في جنايته لأنه لا عاقلة له، ولو جنى عليه يجب أرش العبد وهو كالمملوك في الشهادة، لأن حريته بالظاهر وهو يصلح للدفع لا لاستحقاق.

(قال) رجل لآخر **(لي عليك ألف فقال)** في جوابه: **(الصدق أو الحق أو اليقين أو نكر)** كقوله: حقاً ونحوه **(أو كرّر لفظ الحق أو الصدق)** كقوله: الحق الحق أو حقاً حقاً **(ونحوه أو قرن بها البرّ)** كقوله: البر حق أو الحق بر إلخ **(فإقرار، ولو قال: الحق حق أو الصدق صدق أو اليقين يقين لا)** يكون إقراراً لأنه كلام تام بخلاف ما مر، لأنه لا يصلح للابتداء فجعل جواباً فكأنه قال: ادعيت الحق إلخ.

قلت: وعلى ما في الكافي لا إشكال[1] لقوله: إن فوات حقه مضاف إلى تقصيره. تأمل. **قوله: (حرر عبده)** ماض مبني للفاعل وعبده مفعول. **قوله: (فيرث الكل)** إن لم يكن له وارث أصلاً. **قوله: (أو الباقي)** إن كان له وارث لا يستغرق. **قوله: (وشرنبلالية)** عبارة الشرنبلالية عن المحيط: وإن كان للميت بنت كان النصف لها والنصف للمقر له اهـ. وإن جنى هذا العتيق سعى في جنايته لأنه لا عاقلة له، وإن جنى عليه يجب عليه أرش العبد وهو كالمملوك في الشهادة، لأن حريته في الظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق اهـ. **قوله: (أرش العبد)** وعليه فقد صار الإقرار حجة متعدية في حق المجني عليه، فينبغي زيادة هذه المسألة على الست المتقدمة آنفاً. **قوله: (ونحوه)** بأن كرر اليقين أيضاً معرفاً أو منكراً. **قوله: (كقوله: البر حق إلخ)** هذا مما يصلح للإخبار ولا يتعين جواباً. والذي في الدرر: البرّ الحق، وهو في بعض النسخ كذلك، وهو ظاهر[2] فإنه يحمل على الإبدال ط. ....

(1) قال الرافعي: قوله: (وعلى ما في «الكافي» لا إشكال إلخ) ما في «الكافي» لا يدفع الإشكال كما هو ظاهر، والأولى في دفعه أن يقال: إنها صارت رقيقة، وحكمها انتقاص طلاقها كرقية أولادها وأنه يظهر إقرارها في حق الزوج أيضاً في المستقبل.

(2) قال الرافعي: قوله: (وهو في بعض النسخ كذلك وهو ظاهر إلخ) فيه أن صورة «الدرر» تحتمل الإخبار أيضاً فلا يظهر جعلها إقراراً.

(قال لأمته: يا سارقة يا زانية يا مجنونة يا آبقة، أو قال: هذه السارقة فعلت كذا وباعها فوجد بها واحد منها) أي: من هذه العيوب **(لا ترد به)** لأنه نداء أو شتيمة لا إخبار **(بخلاف هذه سارقة أو هذه آبقة أو هذه زانية أو هذه مجنونة)** حيث ترد بإحداها لأنه إخبار وهو لتحقيق الوصف **(وبخلاف يا طالق أو هذه المطلقة فعلت كذا)** حيث تطلق امرأته لتمكنه من إثباته شرعاً فجعل إيجاباً ليكون صادقاً، بخلاف الأول. درر **(إقرار السكران بطريق محظور)** أي: ممنوع محرم **(صحيح)** في كل حق، فلو أقر بقود أقيم عليه الحد في سكره وفي السرقة يضمن المسروق كما بسطه سعدي أفندي في باب حد الشرب **(إلا في)** ما يقبل الرجوع كالردة و **(حد الزنى وشرب الخمر وإن)** سكر **(بطريق مباح)** كشربه مكرهاً **(لا)** يعتبر، بل هو كالإغماء إلا في سقوط القضاء. وتمامه في إحكامات الأشباه **(المقر له إذا كذب المقر بطل إقراره)** لما تقرر أنه يرتد بالرد **(إلا في)** ست على ما هنا تبعاً للأشباه **(الإقرار بالحرية والنسب وولاء العتاقة والوقف)** في الإسعاف ....

قوله: **(لأنه نداء)** أي: فيما عدا الأخيرة، والنداء: إعلام المنادى وإحضاره لا تحقيق الوصف. قوله: **(حيث ترد)** أي: لو اشتراها من لم يعلم بهذا الإخبار ثم علم ط. قوله: **(بخلاف الأول)** فإن السيد لا يتمكن من إثبات هذه الأوصاف فيها ط. قوله: **(بطريق)** متعلق بالسكران. قوله: **(عليه الحد)** لعله سبق قلم، والصواب القصاص فليراجع. قوله: **(كما بسطه سعدي)** وعبارته هناك: **وقال صاحب النهاية:** ذكر الإمام التمرتاشي ولا يحدّ السكران بإقراره على نفسه بالزنى والسرقة، لأنه إذا صحا ورجع بطل إقراره، ولكن يضمن المسروق، بخلاف حد القذف والقصاص حيث يقام عليه في حال سكره، لأنه لا فائدة في التأخير لأنه لا يملك الرجوع لأنهما من حقوق العباد، فأشبه الإقرار بالمال والطلاق والعتاق اهـ. ولا يخفى عليك أن قوله: لأنه لا فائدة في التأخير محل بحث[1]. وفي معراج الدراية: بخلاف حدّ القذف، فإنه يحبس حتى يصحو ثم يحد للقذف ثم يحبس حتى يخف منه الضرب ثم يحد للسكر ذكره في المبسوط وفي معراج الدراية قيد بالإقرار، لأنه لو زنى وسرق في حاله يحد بعد الصحو بخلاف الإقرار. وكذا في الذخيرة اهـ. قوله: **(سقوط القضاء)** أي: قضاء صلاة أزيد من يوم وليلة، بخلاف الإغماء. قوله: **(على ما هنا)** أي: على ما في المتن وإلا فسيأتي زيادة عليها. قوله: **(بالحرية)** فإذا أقر أن العبد الذي في يده حر ثبتت حريته وإن كذبه العبد ط. قوله: **(في الإسعاف)** ونصه: ومن قبل ما

---

(1) قال الرافعي: قوله: (محل بحث) فإن الانزجار لا يحصل إلا بإقامة الحد بعد الصحو.

لو وقف على رجل فقبله ثم رده لم يرتد، وإن رده قبل القبول ارتد (والطلاق والرق) فكلها لا ترتد ويزاد الميراث. بزازية. والنكاح كما في متفرقات قضاء البحر، وتمامه ثمة؛ واستثنى ثمة مسألتين من الإبراء: وهما إبراء الكفيل لا يرتد، إبراء المديون بعد قوله: أو أبرئني فأبرأه لا يرتد، فالمستثنى عشرة فلتحفظ. وفي وكالة الوهبانية: ومتى صدقه فيها ثم رده لا يرتد بالرد. وهل يشترط لصحة الرد مجلس الإبراء؟ خلاف، والضابط: أن ما فيه تمليك مال من وجه يقبل الرد، وإلا فلا كإبطال شفعة وطلاق وعتاق لا يقبل الرد، وهذا ضابط جيد فليحفظ (صالح أحد الورثة وأبرأه إبراء

وقف عليه ليس الرد بعده، ومن رده أول مرة ليس له القبول بعده اهـ. وتمام التفاريع فيه. ولا يخفى أن الكلام في الإقرار بالوقف لا في الوقف. وفي الإسعاف أيضاً: ولو أقر لرجلين بأرض في يده أنها وقف عليهما وعلى أولادهما ونسلهما أبداً ثم من بعدهم على المساكين فصدقه أحدهما وكذبه الآخر ولا أولاد لهما يكون نصفها وقفاً على المصدق منهما والنصف الآخر للمساكين، ولو رجع المنكر إلى التصديق رجعت الغلة إليه، وهذا بخلاف ما لو أقر لرجل بأرض فكذبه المقر له ثم صدقه فإنها لا تصير له ما لم يقر له بها ثانياً، والفرق أن الأرض المقر بوقفيتها لا تصير ملكاً لأحد بتكذيب المقر له فإذا رجع ترجع إليه، الأرض المقر بكونها ملكاً ترجع إلى ملك المقر بالتكذيب اهـ. قوله: (لو وقف) فيه أن الكلام في الإقرار بالوقف[1] لا في الوقف، وأيضاً الكلام فيما لا يرتد ولو قبل القبول على أن عبارة الإسعاف على أن ما في الأشباه والمنح أن المقر له إذا رده ثم صدقه صح ح. قوله: (قضاء البحر) وعبارته: قيد بالإقرار بالمال احترازاً عن الإقرار بالرق والطلاق والعتاق والنسب والولاء فإنها لا ترد بالرد. أما الثلاثة الأول: ففي البزازية: قال لآخر: أنا عبدك فرده المقر له ثم عاد إلى تصديقه فهو عبده، ولا يبطل الإقرار بالرق بالرد كما لا يبطل بجحود المولى، بخلاف الإقرار بالعين والدين حيث يبطل بالرد، والطلاق والعتاق لا يبطلان بالرد، لأنهما إسقاط يتم بالمسقط وحده. وأما الإقرار بالنسب وولاء العتاقة ففي شرح المجمع من الولاء، وأما الإقرار بالنكاح فلم أره الآن اهـ. وتمامه هناك. قوله: (واستثنى ثمة) لا حاجة إلى ذكرهما هنا فإنهما ليستا مما نحن فيه ح: أي: لأن الكلام في الإقرار وما ذكر في الإبراء قوله: (مسألتين) حيث قال: ثم اعلم أن الإبراء يرتد بالرد إلا فيما إذا قال المديون: أبرئني فأبرأه فإنه لا يرتد كما في البزازية، وكذا إبراء الكفيل لا يرتد بالرد، فالمستثنى مسألتان، كما أن قولهم: إن الإبراء لا يتوقف على القبول يخرج عنه الإبراء عن بدل الصرف والسلم فإنه يتوقف على القبول ليبطلاه كما قدمناه في باب السلم. قوله: (فيها) أي: في الوكالة. ....

---

(1) قال الرافعي: قوله: (فيه أن الكلام في الإقرار بالوقف إلخ) يدفع هذا بأن قصد الشارح ذكر مسألة أخرى لمناسبة ما في المتن تأمل.

عاماً) أو قال: لم يبق لي حق من تركة أبي عند الوصي أو قبضت الجميع ونحو ذلك **(ثم ظهر في)** يد وصيه من **(التركة شيء لم يكن وقت الصلح)** وتحققه **(تسمع دعوى حصته منه على الأصح)** صلح البزازية. ....

قوله: (أو قال) عطف على صالح، لأنها مسألة أخرى في أوائل الثلث الثالث من فتاوى الحانوتي كلام طويل في البراءة العامة فراجعه. وفي الخانية: وصيّ الميت إذا دفع ما كان في يده من تركة الميت إلى ولد الميت وأشهد الولد على نفسه أنه قبض التركة ولم يبق من تركة والده قليل ولا كثير إلا قد استوفاه ثم ادعى في يد الوصي شيئاً وقال من تركة والدي وأقام على ذلك بينة، وكذا لو أقر الوارث أنه قبض جميع ما على الناس من تركة والده ثم دعى على رجل ديناً لوالده تسمع دعواه.

قلت: ووجه سماعها أن إقرار الولد لم يتضمن إبراء شخص معين، وكذا إقرار الوارث بقبضه جميع ما على الناس ليس فيه إبراء، ولو تنزلنا للبراءة فهي غير صحيحة في الأعيان. شرح وهبانية للشرنبلالي. وفيه نظر لأن عدم صحتها معناه أن لا تصير ملكاً للمدعى عليه، وإلا فالدعوى لا تسمع[1] كما يأتي في الصلح. **قوله: (صلح البزازية)** وعبارة البزازية: **قال تاج الإسلام:** واخذ صالح الورثة وأبرأ إبراء عاماً ثم ظهر في التركة شيء لم يكن وقت الصلح لا رواية في جواز الدعوى: ولقائل أن يقول: تجوز دعوى حصته فيه وهو الأصح. ولقائل أن يقول: لا اهـ. وللشرنبلالي رسالة سماها [تنقيح الأحكام في الإقرار والإبراء الخاص والعام].

أجاب فيها: بأن البراءة العامة بين الوارثين مانعة من دعوى شيء سابق عليها عيناً أو ديناً بميراث أو غيره، وحقق ذلك بأن البراءة إما عامة كلا حق أو لا دعوى أو لا خصومة لي قبل فلان أو هو بريء من حقي أو لا دعوى لي عليه أو لا تعلق لي عليه أو لا استحق عليه شيئاً أو أبرأته من حقي أو مما لي قبله. وإما خاصة بدين خاص كأبرأته من دين كذا أو عام كأبرأته مما لي عليه فيبرأ عن كل دين دون العين. وإما خاصة بعين فتصح لنفي الضمان لا الدعوى فيدعي بها على المخاطب وغيره، وإن كان عن دعواها فهو صحيح. ثم إن الإبراء لشخص مجهول لا يصح، وإن لمعلوم صح ولو بمجهول، فقوله: قبضت تركة مورثي كلها أو كل من لي عليه شيء أو دين فهو بريء ليس إبراء عاماً ولا خاصاً، بل هو إقرار مجرد لا يمنع من الدعوى لما في المحيط **قال:** لا دين لي على أحد ثم ادعى على رجل ديناً صح لاحتمال وجوبه بعد الإقرار[2]، وفيه أيضاً: وقوله: هو بريء مما لي عنده إخبار عن ثبوت البراءة لا إنشاء[3]. وفي **الخلاصة:** لا حق لي قبله

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (وإلا فالدعوى لا تسمع)** هذا أحد قولين، والثاني ما نقله عن الشرنبلالي، وسيأتي في الصلح نقل الخلاف.

(2) **قال الرافعي: قوله: (لاحتمال وجوبه بعد الإقرار)** الأصوب التعليل بعدم صحة إبراء المجهول.

(3) **قال الرافعي: قوله: (إخبار عن ثبوت البراءة لا إنشاء)** لا فرق في ترتب حكم البراءة على جعل ما ذكر إخباراً أو إنشاء.

....

فيدخل فيه كل عين ودين وكفالة وإجارة وجناية وحد اهـ. وفي الأصل: فلا يدعي إرثاً ولا كفالة نفس أو مال ولا ديناً أو مضاربة أو شركه أو وديعة أو ميراثاً أو داراً أو عبداً أو شيئاً من الأشياء حادثاً[1] بعد البراءة اهـ. فما في شرح المنظومة عن المحيط: أبرأ أحد الورثة الباقي ثم ادعى التركة وأنكر وإلا تسمع دعواه، وإن أقروا بالتركة أمروا بالرد عليه اهـ. ظاهر فيما إذا لم تكن البراءة عامة[2] لما علمته، ولما سنذكر أنه لو أبرأه عاماً ثم أقر بعده بالمال المبرأ به لا يعود بعد سقوطه. وفي العمادية: قال ذو اليد: ليس هذا لي وليس ملكي أو لا حق لي فيه أو نحو ذلك ولا منازع له حينئذ، ثم ادعاه أحد فقال ذو اليد: هو لي فالقول له، لأن الإقرار لمجهول باطل، والتناقض إنما يمنع إذا تضمن إبطال حق على أحد اهـ. ومثله في الفيض وخزانة المفتين، فبهذا علمت الفرق بين أبرأتك أو لا حق لي قبلك وبين قبضت تركة مورثي أو كل من لي عليه دين، فهو بريء ولم يخاطب معيناً، وعلمت بطلان فتوى بعض أهل زماننا بأن إبراء الوارث وارثاً آخر إبراء عاماً لا يمنع من دعوى شيء من التركة، وأما عبارة البزازية أي: التي قدمناها فأصلها معزوّ إلى المحيط، وفي نظر ظاهر. ومع ذلك لم يقيد الإبراء بكونه لمعين أولاً، وقد علمت اختلاف الحكم في ذلك ثم إن كان المراد به اجتماع الصلح المذكور في المتون والشروح في مسألة التخارج مع البراءة العامة لمعين فلا يصح أن يقال فيه: لا رواية فيه، كيف وقد قال قاضيخان اتفقت الروايات على أنه لا تسمع الدعوى بعده إلا في حادث، وإن كان المراد به الصلح والإبراء بنحو قوله: قبضت تركة مورثي ولم يبق لي فيها حق إلا استوفيته، فلا يصح قوله: لا رواية فيه أيضاً لما قدمناه من النصوص على صحة دعواه بعده، واتفقت الروايات على صحة دعوى ذي اليد المقر بأن لا ملك له في هذا العين عند عدم المنازع. والذي يتراءى أن المراد من تلك العبارة الإبراء لغير معين مع ما فيه، ولو سلمنا أن المراد به المعين وقطعنا النظر عن اتفاق الروايات على منعه من الدعوى بعده فهو مباين لما في المحيط عن المبسوط والأصل والجامع الكبير ومشهور الفتاوى المعتمدة كالخانية والخلاصة، فيقدم ما فيها ولا يعدل عنها إليه؛ وأما ما في الأشباه والبحر عن القنية: افترق الزوجان وأبرأ كل صاحبه عن جميع الدعاوى وللزوج أعيان قائمة لا تبرأ المرأة منها وله الدعوى، لأن الإبراء إنما ينصرف إلى الديون لا الأعيان اهـ. فمحمول على حصوله بصيغة خاصة كقوله: أبرأتها عن جميع الدعاوى مما لي عليها فيختص بالديون فقط لكونه مقيداً بما لي عليها ويؤيده التعليل، ولو بقي على ظاهره فلا يعدل عن كلام المبسوط والمحيط وكافي الحاكم المصرح بعموم البراءة لكل من أبرأ إبراء عاماً إلى ما في القنية اهـ.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (أو شيئاً من الأشياء حادثاً) لعله: إلا شيئاً حادثاً.

(2) قال الرافعي: قوله: (ظاهر فيما إذا لم تكن البراءة عامة) كلامه هذا غير محرر تأمل.

ولا تناقض لحمل قوله لم يبق لي حق: أي: مما قبضته على أن الإبراء عن الأعيان باطل، وحينئذ فالوجه عدم صحة البراءة كما أفاده ابن الشحنة واعتمده الشرنبلالي، وسنحققه في الصلح.

(أقرّ) رجل (بمال في صكّ وأشهد عليه) به (ثم ادعى أن بعض هذا المال المقر به (قرض وبعضه ربا عليه، فإن أقام على ذلك بينة تقبل) وإن كان متناقضاً لأنا نعلم أنه مضطر إلى هذا الإقرار. شرح وهبانية.

قلت: وحرر شارحها الشرنبلالي: أنه لا يفتى بهذا الفرع لأنه لا عذر لمن أقر، غايته أن يقال بأنه يحلف المقر له على قول أبي يوسف المختار للفتوى في هذه ونحوها اهـ.

قلت: وبه جزم المصنف فيمن أقر، فتدبر.

(أقر بعد الدخول) من هنا إلى كتاب الصلح ثابت في نسخ المتن ....

هذا حاصل ما ذكره الشرنبلالي في رسالته: وهي قريب من كراسين، وقد أكثر فيها من النقول، فمن أراد الزيادة فليرجع إليها، وبه علم أنه ما كان ينبغي للمصنف أن يذكر ما في البزازية متناً، وأما ما سيجيء آخر الصلح فليس فيه إبراء عام فتدبر، وانظر شرح الملتقى في الصلح. **قوله:** (عن الأعيان) سيأتي الكلام على ذلك في الصلح. **قوله:** (في الصلح) أي: في آخره.

قوله: (أقر رجل) تقدمت المسألة متناً في متفرقات القضاء. **قوله:** (شرح وهبانية) وبه أفتى في الحامدية والخيرية من الدعوى. **قوله:** (لا عذر لمن أقر) فيه أن اضطراره إلى هذا الإقرار عذر[1]. **قوله:** (غايته) حاصله: أنه لا فائدة لدعواه أن بعض المقر به ربا، إلا تحليف المقر له بناء على الثاني إذا ادعى أنه أقر كاذباً يحلف المقر له، وهذه المسألة من أفرادها، فلذا قال في هذه ونحوها: ولقد أبعد من حمل قول أبي يوسف على الضرورة فقط كما في هذه المسألة كما مر قبيل الاستثناء. **قوله:** (أن يقال إلخ) ولأنه لا يتأتى على قول الإمام: لأنه يقول بلزوم المال ولا يقبل تفسيره وصل أو فصل، وعندهما إن وصل قبل وإلا فلا، ولفظة ثم تفيد الفصل فلا يقبل اتفاقاً. شرنبلالية. **قوله:** (وبه جزم) أي: بقول أبي يوسف. **قوله:** (فيمن أقر) وفي نسخة فيما مر وعليها فإنه مر قبيل الاستثناء.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (فيه أن اضطراره إلى هذا الإقرار عذر) فيه أن المراد لا عذر له مقبول عند القاضي.

ساقط من نسخ الشرح (إنه طلقها قبل الدخول لزمه مهر) بالدخول[1] (ونصف) بالإقرار.

(أقر المشروط له الريع) أو بعضه (أنه) أي: ريع الوقف (يستحقه فلان دونه صح) وسقط حقه ولو كتاب الوقف بخلافه (ولو جعله لغيره أو أسقطه) لا لأحد (لم

قوله: (من نسخ الشرح) أي: المنح. قوله: (أنه يستحقه) يحمل بالمصادقة على الاستحقاق، وإن خالفت كتاب الوقف لكن في حق المقر خاصة إلخ ما مر في الوقف. قوله: (وسقط حقه) الظاهر: أن المراد سقوطه ظاهراً، فإذا لم يكن مطابقاً للواقع لا يحل للمقر له أخذه، ثم إن هذا السقوط ما دام حياً، فإذا مات عاد على ما شرط الواقف. قال السائحاني في مجموعته وفي الخصاف: قال المقر له: بالغلة[2] عشر سنوات من اليوم لزيد، فإن مضت رجعت للمقر له، فإن مات المقر له والمقر قبل مضيها ترجع الغلة على شرط الواقف، فكأنه صرّح ببطلان المصادقة بمضيّ المدة أو موت المقر.

وفي الخصاف أيضاً: رجل وقف على زيد وولده ثم للمساكين، فأقر زيد به وبأنه على بكر ثم مات زيد بطل إقراره لبكر. وفي الحامدية: إذا تصادق جماعة الوقف ثم مات أحدهم عن ولد فهل تبطل مصادقة الميت في حقه؟ الجواب: نعم، ويظهر لي من هذا أن من منع عن استحقاقه بمضي المدة الطويلة إذا مات فولده يأخذ ما شرطه الواقف له، لأن الترك لا يزيد على صريح المصادقة، ولأن الولد لم يتملكه من أبيه وإنما يتملكه من الواقف اهـ. قوله: (ولو جعله إلخ) وفي إقرار الإسماعيلية فيمن أقرت بأن فلاناً يستحق ريع ما يخصها من وقف كذا في مدة معلومة بمقتضى أنها قبضت منه مبلغاً معلوماً، فأجاب بأنه باطل لا بيع الاستحقاق المعدوم وقت الإقرار بالمبلغ المعين، وإطلاق قولهم: لو أقر المشروط له الريع أنه يستحقه فلان دونه يصح، ولو جعله لغيره لم يصح يقضي ببطلانه، فإن الإقرار بعوض معاوضة اهـ. ملخصاً.

وفي الخصاف: فإن كان الواقف جعل أرضه موقوفة على زيد ثم من بعده على المساكين

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (بالدخول) ولم يحد لعدم تكرر إقراره أربعاً، وإذا لم يجب الحد لما ذكر وجب المهر كما ذكر ذلك الزيلعي أول كتاب الحدود فانظره.

(2) قال الرافعي: قوله: (وفي الخصاف: قال المقر له بالغلة إلخ) عبارته من الباب الحادي والثلاثين: قلت: وكذلك إن كان المقر قال: صارت غلة هذا الوقف لفلان بن فلان هذا عشر سنين أولها غرة شهر كذا وآخرها سلخ شهر كذا من سنة كذا دوني بأمر حق عرفته له ولزمني الإقرار به، قال: ألزمه ذلك وأجعل الغلة للمقر له ما دام المقر حياً هذه العشر سنين، فإن مات المقر قبل ذلك رددت الغلة إلى من جعلها له الواقف بعد المقر، قلت: فإن لم يمت المقر ولكن السنون العشرة انقضت، قال: ترجع الغلة إلى المقر له أبداً ما دام حياً اهـ. ولم يعلم من هذه العبارة حكم ما لو مات المقر له قبل مضي العشر سنين، والظاهر انتقالها إلى الفقراء.

يصح) وكذا المشروط (له النظر على هذا) كما مر في الوقف، وذكره في الأشباه ثمة، وهنا وفي الساقط لا يعود فراجعه (القصص المرفوعة إلى القاضي لا يؤاخذ رافعها بما كان فيها من إقرار وتناقض) لما قدمنا في القضاء أنه لا يؤاخذ بما فيها (إلا إذا) أقرّ بلفظه صريحاً (قال: له على ألف في علمي أو فيما أعلم أو أحسب أو أظن لا شيء عليه) خلافاً للثاني في الأول قلنا: هي للشك عرفاً. نعم لو قال: قد علمت لزمه اتفاقاً (قال: غصبنا ألفاً) من فلان (ثم قال: كنا عشرة أنفس) مثلاً (وادعى الغاصب) كذا في نسخ المتن، وقد علمت سقوط ذلك من نسخ الشرح، وصوابه: «وادعى الطالب» كما عبر به في المجمع. وقال شراحه: أي: المغصوب منه (إنه هو وحده) غصبها (لزمه الألف كلها) وألزمه زفر بعشرها. قلنا: هذا الضمير يستعمل في الواحد، والظاهر: أنه يخبر بفعله دون غيره، فيكون قوله: كنا عشرة رجوعاً فلا يصح. نعم لو قال: غصبناه كلنا صح اتفاقاً لأنه لا يستعمل في الواحد.

(قال) رجل: (أوصى أبي بثلث ماله لزيد بل لعمرو بل لبكر فالثلث للأول وليس لغيره شيء) وقال زفر: لكل ثلثه وليس للابن شيء. قلنا: نفاذ الوصية في

فأقر زيد بهذا الإقرار: يعني بقوله: جعلها وقفاً عليّ وعلى هذا الرجل، يشاركه الرجل في الغلة أبداً ما كان حياً، فإن مات زيد كانت للمساكين، ولم يصدق زيد عليهم، وإن مات المقر له وزيد في الحياة فالنصف الذي أقر به زيد للمساكين والنصف لزيد، فإذا مات صارت الغلة كلها للمساكين. وكذا لو أقر أنها على هذا الرجل وحده فالغلة كلها للرجل ما دام زيد المقر حياً، فإذا مات فللمساكين ولا يصدق عليهم، وإنما يصدق على إبطال حق نفسه ما دام حياً اهـ ملخصاً. ويظهر من هذا أن المصادقة على الاستحقاق تبطل بموت المقر للزوم الضرر على من بعده، ولا تبطل بموت المقر له عملاً[1] بإقرار المقر على نفسه. بقي ما لو أقر جماعة مستحقون كثلاثة إخوة مثلاً موقوف عليهم سوية، فتصادقوا على أن زيداً منهم يستحق النصف، فإذا مات زيد تبقى المصادقة، وإن مات المقران تبطل، وإن مات أحدهما تبطل في حصته فقط. والذي يكثر وقوعه في زماننا المصادقة في النظر والذي يقتضيه النظر بطلانها بموت كل منهما ويرجع التوجيه إلى القاضي، هذا ما ظهر لنا فتأمل. قوله: (كذا في نسخ المتن) أي: بعضها، وفي بعض نسخ المتن: «المغصوب منه». ....

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ولا تبطل بموت المقر له عملاً إلخ) بل تكون على حالها ويعطى نصيب المقر له للفقراء بموته، ولو أبطلناها لأعطيناه للمقر.

الثلث وقد أقرّ به للأول فاستحقه فلم يصح رجوعه بعد ذلك للثاني بها، بخلاف الدين لنفاذه من الكل. الكل من المجمع.

فروع: أقرّ بشيء ثم ادعى الخطأ لم يقبل إلا إذا أقرّ بالطلاق بناء على إفتاء المفتي، ثم تبين عدم الوقوع لم يقع: يعني ديانة. قنية.

إقرار المكره باطل إلا إذا أقر السارق مكرهاً، فأفتى بعضهم بصحته(1). ظهيرية.

الإقرار بشيء محال، وبالدين بعد الإبراء منه باطل، ولو بمهر بعد هبتها له على الأشبه. نعم لو ادعى ديناً بسبب حادث بعد الإبراء ....

قوله: (من الكل) وقد تقدم قبل إقرار المريض. قوله: (بناء على إفتاء المفتي) وفي البزازية: ظن وقوع الثلاث بإفتاء من ليس بأهل، فأمر الكاتب بصك الطلاق فكتب، ثم أفتاه عالم بعدم الوقوع له أن يعود إليها في الديانة، لكن القاضي لا يصدقه لقيام الصك، سائحاني. قوله: (بشيء محال) كما لو أقر له بأرش يده التي قطعها خمسمائة درهم(2) ويداه صحيحتان لم يلزمه شيء كما في حيل التاترخانية، وعلى هذا أفتيت ببطلان إقرار إنسان بقدر من السهام لوارث وهو أزيد من الفريضة الشرعية لكونه محالاً شرعاً، ولا بد من كونه محالاً من كل وجه(3)، وإلا فلو أقر أن لهذا الصغير عليّ ألف درهم قرض أقرضنيه أو من ثمن مبيع باعنيه صح الإقرار كما مر. أشباه ملخصاً. قوله: (وبالدين) قيد به لأن إقراره بالعين بعد الإبراء العام صحيح مع أنه يبرأ من الأعيان في الإبراء العام(4) كما صرح به في الأشباه؛ وتحقيق الفرق في رسالة الشرنبلالي في الإبراء العام. قوله: (بعد هبتها له على الأشبه) قال في البزازية وفي المحيط: وهبت المهر منه ثم قال: اشهدوا أن لها عليّ مهراً كذا، فالمختار عند الفقيه أن إقراره جائز وعليه المذكور إذا قبلت لأن الزيادة لا تصح بلا قبولها، والأشبه أن لا يصح، ولا تجعل زيادة بغير قصد الزيادة. عن الحموي: برهن أنه أبرأني عن هذه الدعوى ثم ادعى المدعي ثانياً أنه أقر لي بالمال بعد إبرائي فلو قال المدعى عليه: أبرأني

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (فأفتى بعضهم بصحته) من حيث ضمان المال لا الحد كما يظهر.

(2) قال الرافعي: قوله: (خمسمائة درهم) حقه خمسمائة دينار.

(3) قال الرافعي: قوله: (ولا بد من كونه محالاً من كل وجه) لا داعي لهذا التقييد، فإن صحة الإقرار معللة بأن إضافة العقد للصغير مجاز عن إضافته لوليه، أو بأنه قد ثبت عليه المال بقوله: له عليّ كذا، وما بعده رجوع عن الإقرار فلا يقبل منه.

(4) قال الرافعي: قوله: (مع أنه يبرأ من الأعيان في الإبراء العام إلخ) معنى براءته من الأعيان بعد الإبراء العام البراءة من دعواها لا أنها تصير ملكاً للمبرء، فيصح الإقرار بها بعده، والدين يسقط بالإبراء فلا يصح الإقرار به بعده.

العام وأنه أقر به يلزمه. ذكره المصنف في فتاويه.

قلت: ومفاده: ....

وقبلت الإبراء وقال: صدقته فيه لا يصح الدفع: يعني دعوى الإقرار، ولم لم يقله يصح الدفع لاحتمال الرد[1]، والإبراء يرتد بالرد فيبقى المال عليه، بخلاف قبوله إذ لا يرتدّ بالرد بعده. جامع الفصولين. لكن كلامنا في الإبراء عن الدين؛ وهذا في الإبراء عن الدعوى[2]. وفي الرابع والعشرين من التاترخانية: ولو قال: أبرأتك كما لي عليك فقال: لك عليّ ألف قد صدقت فهو بريء استحساناً. لا حق لي في هذه الدار فقال: كان لك سدس فاشتريتها منك فقال: لم أبعه فله السدس، ولو قال: خرجت عن كل حق لي في هذه الدار أو برئت منه إليك أو أقررت لك فقال الآخر: اشتريتها منك فقال: لم أقبض الثمن فله الثمن اهـ. وفيها عن العتابية: ولو قال: لا حق لي قبل برىء من كل عيب ودين، وعلى هذا لو قال: فلان بريء مما لي قبله دخل المضمون والأمانة، ولو قال: هو بريء مما لي عليه دين دخل المضمون دون الأمانة، ولو قال: هو بريء مما لي عنده فهو بريء من كل شيء أصله أمانة ولا يبرأ عن المضمون[3]، ولو ادعى الطالب حقاً بعد ذلك وأقام بينة فإن كان أرخ بعد البراءة تسمع دعواه وتقبل بينته، وإن لم يؤرخ فالقياس أن تسمع وحمل على حق وجب بعدها. وفي الاستحسان: لا تقبل بينته. قوله: (ذكره المصنف في فتاويه) ونصه: سئل عن رجلين صدر بينهما إبراء عام، ثم إن رجلاً منهما بعد الإبراء العام أقر أن في ذمته مبلغاً معيناً للآخر فهل يلزمه ذلك أم لا؟ أجاب: إذا أقر بالدين بعد الإبراء منه لم يلزمه كما في الفوائد الزينية نقلاً عن التاترخانية. نعم إذا ادعى عليه ديناً بسبب حادث بعد الإبراء العام وأنه أقر به يلزمه اهـ. وانظر ما في إقرار تعارض البينات لغانم البغدادي. قوله: (قلت ومفاده) أي: مفاد تقييد اللزوم بدعواه بسبب حادث، وقوله: «لو أقر ببقاء الدين» أي: بأن قال: ما أبرأني منه باق في ذمتي، والفرق بين هذا وبين قوله السابق: «وبالدين بعد الإبراء منه» أنه قال هناك بعد الإبراء لفلان: علي كذا. تأمل.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (لاحتمال الرد) فيه تأمل، إذ كيف يعمل بالاحتمال ويترك المتيقن به وهو الإبراء المانع من صحة الإقرار.

(2) قال الرافعي: قوله: (لكن كلامنا في الإبراء عن الدين وهذا في الإبراء عن الدعوى) أي: ولا فرق بينهما.

(3) قال الرافعي: قوله: (ولا يبرأ عن المضمون) أي: مما في الذمة وما له عنده يشمل المغصوب أيضاً فيدخل في البراءة، والظاهر أن المراد الاحتراز عما في الذمة لا المغصوب، وهذا مفاد العرف، والذي في «البزازية» وغيرها أن لفظ قبله يتناول المضمون وغيره ويدخل فيه كل عين ودين، وعنده تدخل الأمانة لا المضمون.

أنه لو أقرّ ببقاء الدين أيضاً[1] فحكمه كالأول، وهي واقعة الفتوى فتأمل.

الفعل في المرض أحط مَن فعل الصحة، إلا في مسألة إسناد الناظر لغيره بلا شرط فإنه صحيح في المرض لا في الصحة. تتمة. وتمامه في الأشباه. وفي الوهبانية:

أَقَرَّ بِمَهْرِ الْمِثْلِ فِي ضِعْفِ مَوْتِهِ ... فَبَينةُ الإِيهَابِ[2] مِنْ قَبْلُ تهدَرُ

وَإِسْنَادُ بَيْعٍ فِيهِ لِلصِّحَّةِ اقْبَلَنْ ... وَفِي الْقَبْضِ مِنْ ثُلْثِ التُّرَاثِ يُقَدَّرُ

وَلَيْسَ بِلاَ تَشْهَدْ مقرًا نَعُدُّهُ ... وَلَوْ قَالَ لاَ تُخْبِرِ فَخُلْفٌ يُسَطَّرُ

قوله: (ببقاء الدين) أي: بعد الإبراء العام. قوله: (كالأول) أي: الإقرار بالدين بعد الإبراء منه. قوله: (تتمة) اسم كتاب. قوله: (أقر بمهر المثل) قيد به، إذ لو كان الإقرار بأزيد منه لم يصح[3]. قوله: (الإيهاب) أي: لو أقامت الورثة البينة، ومثله الإبراء كما حققه ابن الشحنة. قوله: (من قبل تهدر) أي: في حالة الصحة أن المرأة وهبت مهرها من زوجها في حياته لا تقبل، ولا ينافي هذا ما قدمه الشارح من بطلان الإقرار بعد الهبة لاحتمال أنه أبانها ثم تزوجها على المهر المذكور في هذه المسألة. كذا قيل، وفيه أن الاحتمال موجود ثمة. قوله: (وإسناد) قال في المنتقى: لو أقر في المرض الذي مات فيه أنه باع هذا العبد من فلان في صحته وقبض الثمن وادعى ذلك المشتري فإنه يصدق في البيع ولا يصدق في قبض الثمن إلا بقدر الثلث، هذه مسألة النظم، إلا أنه أغفل فيه قيد تصديق المشتري. ابن الشحنة. مدني. وقدمنا قبل نحو خمسة أوراق عن نور العين كلاماً فراجعه. قوله: (في) أي: في ضعف الموت. قوله: (من ثلث التراث) أي: الميراث. قوله: (تشهد) بإسكان الدال المهملة. قوله: (نعده) بفتح النون وبالعين ورفع الدال المشددة. قوله: (فخلف) برفع الخاء وإسكان اللام.

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (ومفاده أنه لو أقر ببقاء الدين أيضاً إلخ) لعل الأولى حذف لفظ أيضاً.

(2) قال الرافعي: قول الشارح: (فبينة الإيهاب إلخ) أي: مع القبول حتى يتحقق التناقض، وإلا فتقبل البينة ولا يضر التناقض للخفاء تأمل.

(3) قال الرافعي: قوله: (إذ لو كان الإقرار بأزيد منه لم يصح) هذا التقييد إنما يظهر فيما إذا لم تصدق الورثة أن المهر الذي تزوجها بها أكثر من مهر المثل، وإذا صدقت على ذلك وادعت الهبة والمرأة الإقرار به في المرض يكون الحكم كذلك، ووجه الإهدار أن الإقرار به في المرض من الزوج ينافي دعوى ورثته الهبة في الصحة، وما هنا لا ينافي ما قدمه الشارح لعدم جحود الإقرار والهبة فيه، حتى لو أقر بالمال ثم ادعى الهبة قبله لا تقبل للتناقض كذلك هنا.

وَمَنْ قَالَ مِلْكِي ذَا لِذا كَانَ مَنْشَأً	وَمَنْ قَالَ هَذَا مِلْكُ ذَا فَهُوَ مَظْهَرُ
وَمَنْ قَالَ لاَ دَعْوَى لِي الْيَوْمَ عِنْدَ ذَا	فَمَا يُدَّعَى مِنْ بَعْدُ مِنْهَا فَمُنْكَرُ

قال المقدسي: ذكر محمد أن قوله: لا تخبر فلاناً أن له عليّ ألفاً إقرار. وزعم السرخسي أن فيه روايتين. سائحاني. **قوله:** (منشأ) أي: كان هبة. **قوله:** (مظهر) بضم الميم: أي: مقر.

٢٧ ـ كِتَابُ الصُّلْحِ

مناسبته: أن إنكار المقرّ سبب للخصومة المستدعية للصلح (هو) لغة: اسم من المصالحة. وشرعاً: (عقد يرفع النزاع) ويقطع الخصومة. (وركنه: الإيجاب) مطلقاً (والقبول) فيما يتعين[1]، أما فيما لا يتعين كالدراهم فيتم بلا قبول. عناية وسيجيء. (وشرطه: العقل) لا البلوغ والحرية (فصح من صبيّ مأذون إن عري) صلحه (عن ضرر بين و) صح (من عبد مأذون ومكاتب) لو فيه نفع (و) شرطه أيضاً (كون المصالح عليه معلوماً ....

كِتَابُ الصُّلْحِ

قوله: (مطلقاً) فيما يتعين وفيما لا يتعين. قوله: (بلا قبول) لأنه إسقاط وسيجيء قريباً. قوله: (وشرطه إلخ) وشرطه أيضاً قبض بدله إن كان ديناً بدين، وإلا لا كما سيأتي في مسائل شتى آخر الكتاب فراجعه، وأوضحه في الدرر هنا. قوله: (فصح من صبي إلخ) وكذا عنه بأن صالح أبوه عن داره وقد ادعاها مدّع وأقام البرهان. قوله: (لو فيه نفع) لو قال: لو لم يكن فيه ضرر بين لكان أولى؛ ليشمل ما إذا لم يكن فيه نفع ولا ضرر، أو كان فيه ضرر غير بين ط. قوله: (معلوماً) قال في جامع الفصولين عازياً للمبسوط: الصلح على خمسة أوجه: صلح على دراهم أو دنانير أو فلوس فيحتاج إلى ذكر القدر[2]. الثاني: على برّ أو كيلي أو وزني مما لا حمل له ولا مؤنة،

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (فيما يتعين) أي: إذا طلب المدعى عليه الصلح وكان البدل من جنس المدعى، قال في «العناية»: وركنه الإيجاب مطلقاً والقبول فيما يتعين بالتعيين، فإذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس، فقد تم الصلح بقول المدعي: فعلت، ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعى عليه لأنه إسقاط لبعض الحق، وهو يتم بالمسقط بخلاف الأول لأنه طلب البيع من غيره، ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير، بعت: لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت.

(2) قال الرافعي: قوله: (فيحتاج إلى ذكر القدر) ويقع على الجياد من نقد البلد، وإن كان فيها نقود =

إن كان يحتاج إلى قبضه و) كون (المصالح عنه حقاً يجوز الاعتياض عنه ولو) كان (غير مال كالقصاص والتعزير معلوماً كان) المصالح عنه (أو مجهولاً لا) يصح (لو) المصالح عنه (مما لا يجوز الاعتياض عنه) وبينه بقوله: (كحق شفعة وحدّ قذف وكفالة بنفس) ويبطل به الأول والثالث، ....

فيحتاج إلى ذكر قدر وصفة، إذ يكون جيداً أو وسطاً أو رديئاً فلا بد من بيانه الثالث: على كيلي أو وزني مما له حمل ومؤنة، فيحتاج إلى ذكر قدر وصفة ومكان تسليمه عند أبي حنيفة كما في السلم. **الرابع**: صلح على ثوب، فيحتاج إلى ذكر ذرع وصفة وأجل، إذ الثوب لا يكون ديناً إلا في السلم وهو عرف مؤجلاً. **الخامس**: صلح على حيوان، ولا يجوز إلا بعينه، إذ الصلح من التجارة والحيوان لا يصلح ديناً فيها اهـ. **قوله**: (إلى قبضه) بخلاف ما لا يحتاج إلى قبضه، مثل أن يدعي حقاً في دار رجل وادعي المدعى عليه حقاً في أرض بيد المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى جاز. **قوله**: (والتعزير) أي: إذا كان حقاً للعبد كما لا يخفى ح. **قوله**: (أو مجهولاً) أي: بشرط أن يكون مما لا يحتاج إلى التسليم[1] كترك الدعوى مثلاً، بخلاف ما لو كان عن تسليم المدعي. وفي جامع الفصولين: ادعى عليه مالاً معلوماً فصالحه على ألف درهم وقبض بدل الصلح وذكر في آخر الصك وأبرأ المدعي عن جميع دعاواه وخصوماته إبراء صحيحاً عاماً فقيل: لم يصح الصلح لأنه لم يذكر قدر المال المدعى فيه[2]، ولا بد من بيانه ليعلم أن هذا الصلح وقع معاوضة أو إسقاطاً أو وقع صرفاً شرط فيه التقابض في المجلس أولاً، وقد ذكر قبض بدل الصلح ولم يتعرض لمجلس الصلح، فمع هذا الاحتمال لا يمكن القول بصحة الصلح. وأما الإبراء فقد حصل على سبيل العموم فلا تسمع دعوى المدعي بعين للإبراء العام لا للصلح اهـ. وتقدم التصريح به في الاستحقاق، وانظر ما كتبناه عن الفتح أواخر خيار العيب. **قوله**: (كحق شفعة) إذ هو عبارة عن ولاية الطلب وتسليم الشفعة لا قيمة له، فلا يجوز أخذ المال في مقابلته. **قوله**: (والثالث) هو إحدى الروايتين، وبها يفتى كما في الشرنبلالية عن الصغرى. أما بطلان الأول فرواية واحدة كما فيها أيضاً عن الصغرى.

= مختلفة يقع على الغالب منها، وإن لم يكن لبعضها غلبة لا يجوز ما لم يبين نقداً منها سندي.

(1) **قال الرافعي**: **قوله**: (أي: بشرط أن يكون مما لا يحتاج إلى التسليم إلخ) في القهستاني عن قاضيخان: إن المصالح عليه أو عنه إذا كان مجهولاً، واحتيج فيه إلى التسليم تفسده الجهالة، وإلا فلو ادعى حقاً مجهولاً من دار فصالحه على حق مجهول من أرض لم يجز، ولو صالحه على أن يترك كل منهما دعواه جاز، ولو ادعى حقاً مجهولاً من دار فصالحه على مال معلوم وتسلم المدعى عليه المدعى لم يجز، ولو صالحه عليه ليترك المدعي دعواه، جاز، ولو ادعى حقاً معلوماً فصالحه على مجهول كان على هذا التفصيل اهـ. وقد ذكر نحوه في «التكملة» عن «العناية».

(2) **قال الرافعي**: **قوله**: (لأنه لم يذكر قدر المال المدعى فيه إلخ) فيه نظر لأن المال معلوم، حيث قال: ادعى مالاً معلوماً، والظاهر أن لفظ معلوماً زائد حتى يتم المراد اهـ «تكملة».

وكذا الثاني لو قبل الرفع للحاكم لا حدّ زنىً وشرب[1] مطلقاً (وطلب الصلح كاف عن القبول من المدعى عليه إن كان المدعى به مما لا يتعين بالتعيين)[2] كالدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك[3]، لأنه إسقاط للبعض وهو يتم بالمسقط (وإن كان مما يتعين بالتعيين فلا بد من قبول المدعى عليه) لأنه كالبيع. بحر (وحكمه وقوع البراءة عن الدعوى ووقوع الملك في مصالح عليه) وعنه لو مقراً وهو صحيح مع إقرار أو سكوت أو إنكار فالأول حكمه (كبيع إن وقع عن مال بمال) وحينئذ

قوله: (للحاكم) ظاهره: أنه يبطل بالصلح أصلاً، وهو الذي في الشرنبلالية عن قاضيخان فإنه قال: بطل الصلح وسقط الحد إن كان قبل أن يرفع إلى القاضي، وإن كان بعده لا يبطل الحد، وقد سبق أنه إنما سقط بالعفو لعدم الطلب، حتى لو عاد وطلب حد، إلا أن يحمل ما في الخانية على أنه لم يطلب بعد. قوله: (مطلقاً) قبل الرد وبعده. قوله: (وطلب الصلح) فاعل طلب مستتر فيه والصلح مفعوله، ولا حاجة إليه لأنه تكرار مع ما في المتن. قوله: (على ذلك) وفي بعض النسخ «هذه». قوله: (بالمسقط) هذا يفيد أنه لا يشترط[4] الطلب كما لا يشترط القبول ط. قوله: (وحكمه وقوع إلخ) قال في البحر: وحكمه في جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعي، سواء كان المدعى عليه مقراً أو منكراً، وفي المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه إن كان مما يحتمل التمليك كالمال وكان المدعى عليه مقراً به، وإن كان مما لا يحتمل التمليك كالقصاص فالحكم وقوع البراءة كما إذا كان منكراً مطلقاً. قوله: (ووقوع الملك) أي: للمدعي أو المدعى عليه. قوله: (عليه) أي: مطلقاً ولو منكراً. قوله: (كبيع) أي: فتجري فيه أحكام البيع، فينظر إن وقع على خلاف جنس المدعى فهو بيع وشراء كما ذكر هنا، وإن وقع على جنسه فإن كان بأقل من المدعى فهو حط وإبراء، وإن كان مثله فهو قبض واستيفاء، وإن كان بأكثر منه فهو فضل وربا اهـ من الزيلعي. رملي. قال في البحر: اعتبر بيعاً إن كان على خلاف الجنس إلا في

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (لا حد زنا وشرب) لم يتعرض لحد السرقة، ونقل السندي صحة الصلح فيه ثم نقل عدمه، ونقله المحشي فيما بعد.

(2) قال الرافعي: قول المصنف: (مما لا يتعين بالتعيين) فيه أن الكيلي أو الوزني مما يتعين به مع أن حكمهما كالدراهم.

(3) قال الرافعي: قول الشارح: (وطلب الصلح على ذلك) أي: الجنس الذي وقع عنه الصلح، فيكون زيادة قوله: وطلب إلخ بياناً لزيادة قيد في كلام المصنف، فلا تكرار، ففي هذه الزيادة تقييد لإطلاق المتن بما إذا كان البدل من جنس المدعى به الذي لا يتعين بالتعيين، لكن يقيد أيضاً إذا كان أقل، وإذا كان أكثر فسد ومساوياً صار مستوفياً لحقه بتمامه.

(4) قال الرافعي: قوله: (هذا يفيد أنه لا يشترط الطلب إلخ) لا يتم هذا إلا في الصلح عن إقرار، إذ لو كان عن سكوت أو إنكار كان في حق المدعى عليه فداء يمين وقطع خصومة، فلا بد من وجود الطلب منه القائم مقام القبول حتى يتحقق ذلك منه.

(فتجري فيه) أحكام البيع كـ(ـالشفعة والرد بعيب وخيار رؤية وشرط ويفسده جهالة البدل) والمصالح عليه لا جهالة المصالح عنه لأنه يسقط وتشترط القدرة على تسليم البدل (وما استحق من المدعى) أي: المصالح عنه (يرد المدعي حصته من العوض) أي: البدل إن كلاً فكلاً، أو بعضاً فبعضاً (وما اسْتُحِق من البدل يرجع) المدعي (بحصته من المدعى) كما ذكرنا لأنه معاوضة وهذا حكمها (و) وحكمه (كإجارة) إن وقع (الصلح) عن مال (بمنفعة) كخدمة عبد وسكنى دار (فشرط التوقيت فيه) إن

مسألتين[1]، وتمامه فيه. قوله: (فتجري فيه) أي: في هذا الصلح. منح. فشمل المصالح عنه والمصالح عليه، حتى لو صالح عن دار بدار وجبت فيها الشفعة ط. قوله: (وتشترط) في موضع التعليل لقوله: «ويفسده جهالة البدل». قوله: (من المدعى) بالبناء للمفعول. قوله: (إن كلاً إلخ) أشار إلى أن «من» بيانية أو تبعيضية وكل مراد. تأمل. قوله: (كما ذكرنا) أي: إن كلاً فكلاً أو بعضاً فبعضاً ح. قوله: (لأنه معاوضة) مقتضى المعاوضة أنه إذا استحق الثمن[2]: فإن مثلياً رجع بمثله، أو قيمياً فبقيمته[3] ولا يفسد العقد.

فرع: قال في البزازية: وفي نظم الفقه: أخذ سارقاً من دار غيره، فأراد رفعه إلى صاحب المال، فدفع له السارق مالاً على أن يكف عنه يبطل، ويرد البدل إلى السارق لأن الحق ليس له، ولو كان الصلح مع صاحب السرقة بريء من الخصومة بأخذ المال، وحد السرقة لا يثبت من غير خصومة ويصح الصلح اهـ وفيها أيضاً: اتهم بسرقة وحبس فصالح، ثم زعم أن الصلح كان خوفاً على نفسه: إن في حبس الوالي تصح الدعوى لأن الغالب أنه حبس ظلماً، وإن في حبس القاضي

---

(1) قال الرافعي: قوله: (اعتبر بيعاً إن كان على خلاف الجنس إلا في مسألتين) الأولى إذا صالح من الدين على بعد وصاحبه مقر بالدين وقبض العبد ليس له المرابحة من غير بيان، الثانية إذا تصادقا أن لا دين بطل الصلح كما لو استوفى عين حقه، ثم تصادقا أن لا دين، ولو تصادقا أن لا دين لا يبطل الشراء. «بحر».

(2) قال الرافعي: قوله: (مقتضى المعاوضة أنه إذا استحق الثمن إلخ) في حاشية عبد الحليم عند قول صاحب «الدرر» وإن استحق البدل أو بعضه رجع المدعي بالمدعى، وهو الدار أو بعضها ما نصه: هذا إذا كان بدل الصلح عيناً ولم يجز المستحق الصلح، فإن أجاز سلم العين للمدعي، ورجع المستحق بقيمته على المدعى عليه إن كان من ذوات القيم، وإن بدل الصلح ديناً كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون بغير أعيانهما، أو ثياب موصوفة مؤجلة لا يبطل الصلح بالاستحقاق ولكنه يرجع بمثله لأنه بالاستحقاق بطل الاستيفاء، فصار كأنه لم يستوف شيئاً كما في شرح الطحاوي «والجلالية» اهـ.

(3) قال الرافعي: قوله: (أو قيمياً فبقيمته إلخ) غير مسلم فيه، بل حكمه فساد العقد تأمل، وانظر التكملة.

احتيج إليه وإلا لا كصبغ ثوب **(ويبطل بموت أحدهما وبهلاك المحل في المدة)** وكذا لو وقع عن منفعة بمال أو بمنفعة عن جنس آخر. ابن كمال. لأنه حكم الإجارة **(والأخيران)** أي: الصلح بسكوت أو إنكار **(معاوضة في حق المدعي وفداء وقطع نزاع في حق الآخر)** وحينئذ **(فلا شفعة في صلح عن دار مع أحدهما)** أي: مع سكوت أو إنكار، لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعي فيدلي بحجته، فإن كان للمدعي بينة أقامها الشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة، لأن بإقامة الحجة تبين أن الصلح كان في معنى البيع، وكذا لو لم يكن له بينة فحلف المدعي عليه فنكل. شرنبلالية **(وتجب في صلح)** وقع **(عليها بأحدهما)** أو بإقرار، لأن المدعي يأخذها عن المال فيؤاخذ بزعمه **(وما استحق من المدعى رد المدعي حصته من العوض**

لا تصح لأن الغالب أنه يحبس بحق اهـ. **قوله: (إن احتيج إلخ)** كسكنى دار. **قوله: (بموت أحدهما)** أي: إن عقدها لنفسه. بحر. **قوله: (وبهلاك المحل)** أي: قبل الاستيفاء، وتمامه في البحر. **قوله: (لو وقع)** كان ينبغي ذكره قبل قوله: «فشرط التوقيت فيه». **قوله: (عن منفعة)** يعني أنه يصح الصلح، فلو ادعى مجرى في دار أو مسيلاً عى سطح أو شرباً في نهر فأقرّ أو أنكر ثم صالحه على شيء معلوم جاز كما في القهستاني. علائي شرح ملتقى. كذا في الهامش. **قوله: (عن جنس آخر)** كخدمة عبد عن سكنى دار. **قوله: (في حق المدعي)** فبطل الصلح على دراهم[1] بعد دعوى دراهم إذا تفرقا قبل القبض. بحر. **قوله: (عن دار)** يعني إذا ادعى رجل على آخر داره فسكت الآخر وأنكر فصالح عنها بدفع شيء لم تجب الشفعة لأنه يزعم أنه يستبقي الدار المملوكة على نفسه بهذا الصلح ويدفع خصومة المدعي عن نفسه، لا أنه يشتريها، وزعم المدعي لا يلزمه. منح. ادعيا أرضاً في يد رجل بالإرث من أبيهما فجحد ذو اليد فصالحه أحدهما على مائة لم يشاركه الآخر، لأن الصلح معاوضة في زعم المدعي[2] فداء يمين في زعم المدعى عليه، فلم يكن معاوضة من كل وجه فلا يثبت للشريك حق الشركة بالشك، وفي رواية عن أبي يشاركه. خانية ملخصاً. **قوله: (وتجب)** أي: تجب الشفعة في دار وقع الصلح عليها بأن تكون بدلاً. **قوله: (بأحدهما)** أي: الإنكار والسكوت. ....

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (فبطل الصلح على دراهم إلخ)** أي: إذا صالحه على قدر الدين وإن على أكثر بطل ابتداء، وعلى أقل لا يشترط القبض.

(2) **قال الرافعي: قوله: (لأن الصلح معاوضة في زعم المدعي إلخ)** فباعتبار زعم الأخ المصالح يكون بدل الصلح عوضاً عن حقه في الدار، فلا يكون لأخيه فيه شيء كما لو باع نصيبه منها، وباعتبار زعم المدعى عليه يكون مشتركاً لأنه فداء عن اليمين، وهي حقهما فبدلها كذلك، فلا تثبت الشركة بالشك.

ورجع بالخصومة فيه) فيخاصم المستحق لخلوّ العوض عن الغرض **(وما استحق من البدل رجع إلى الدعوى في كله أو بعضه)** هذا إذا لم يقع الصلح بلفظ البيع، فإن وقع به رجع بالمدعى نفسه لا بالدعوى، لأن إقدامه على المبايعة إقرار بالملكية. عيني وغيره **(وهلاك البدل)** كلاً أو بعضاً **(قبل التسليم له)** أي: للمدعي **(كاستحقاقه)** كذلك **(في الفصلين)** أي: مع إقرار أو سكوت وإنكار، وهذا لو البدل مما يتعين وإلا لم يبطل بل يرجع بمثله. عيني **(صالح عن)** كذا نسخ المتن والشرح، وصوابه «على» **(بعض ما يدعيه)** أي: عين يدعيها لجوازه في الدين كما سيجيء، فلو ادعى عليه داراً فصالحه على بيت معلوم منها، فلو من غيرها صح. قهستاني **(لم يصح)**[1]

قوله: (لخلو) علة لقوله: «رد المدعي حصته». **قوله: (رجع)** أي: المدعي. **قوله: (إلى الدعوى)** إلا إذا كان مما لا يتعين بالتعيين وهو من جنس المدعى به، فحينئذ يرجع بمثل ما استحق ولا يبطل الصلح، كما إذا ادعى ألفاً فصالحه على مائة وقبضها فإنه يرجع عليه بمائة عند استحقاقها، سواء كان الصلح بعد الإقرار أو قبله، كما لو وجدها ستوقة أو نبهرجة، بخلاف ما إذا كان من غير الجنس كالدنانير هنا إذا استحقت بعد الافتراق فإن الصلح يبطل، وإن كان قبله رجع بمثلها ولا يبطل الصلح كالفلوس[1]. بحر. **قوله: (رجع إلى الدعوى)** إلا إذا كان المصالح عنه مما لا يقبل النقض فإنه يرجع بقيمة المصالح عليه كالقصاص[2] والعتق والنكاح والخلع كما في الأشباه عن الجامع الكبير، وتمام الكلام عليه في حاشية الحموي. **قوله: (في كله)** إن استحق كل العوض. **قوله: (أو بعضه)** إن استحق بعضه. **قوله: (لأن إقدامه)** أي: المدعى عليه. **قوله: (بالملكية)** أي: للمدعي، بخلاف الصلح لأنه لم يوجد منه ما يدل على أنه أقر بالملك له، إذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة. **قوله: (كاستحقاقه)** فيرجع بالمدعي أو بالدعوى. در منتقى. كذا في الهامش. **قوله: (كذلك)** أي: كلاً أو بعضاً. **قوله: (بعض ما يدعيه)** أي: وهو قائم، ويأتي حكم ما إذا كان هالكاً عند قول الماتن: «والصلح عن المغصوب الهالك» وقال القهستاني: لأن المدعي بهذا الصلح استوفى بعض حقه وأبرأ عن الباقي، والإبراء عن الأعيان باطل اهـ مدني. ....

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ولا يبطل الصلح كالفلوس) فإنه لو صالحه من الدراهم على فلوس وقبضها، ثم استحقت يرجع بالدراهم كما في «الحاوي». سندي. لكن نقل ذلك في الصلح عن إقرار.

(2) قال الرافعي: قوله: (فإنه يرجع بقيمة المصالح عليه كالقصاص إلخ) أي: إذا أقام بينة على ما ادعاه من القتل ونحوه، أو نكل المدعى عليه عن الدعوى، فإنه يرجع بقيمة المصالح عليه ولا يحكم له بالمدعى، لأنه لا يحتمل النقض بخلاف ما يحتمل النقض، فإنه عند استحقاق البدل يرجع المدعي إلى الدعوى وبعد ثبوتها أو النكول عنها يحكم له بالمدعى لا بقيمة البدل، هذا هو المراد بهذه العبارة، وبه يسقط إشكال الحموي، ولا داعي حينئذ للاستثناء الواقع في «الأشباه».

لأن ما قبضه من عين حقه وإبراء عن الباقي، والإبراء عن الأعيان باطل. قهستاني. وحيلة صحته ما ذكره بقوله: (إلا بزيادة شيء) آخر كثوب ودرهم (في البدل) فيصير ذلك عوضاً عن حقه فيما بقي (أو) يلحق به (الإبراء عن دعوى الباقي) لكن ظاهر

قوله: (أو يلحق) منصوب بأن مثل أو يرسل. قوله: (عن دعوى الباقي) قيد بالإبراء عن دعواه، لأن الإبراء عن عينه غير صحيح، كذا في المبسوط. ابن ملك. بأن يقول: برئت عنها أو عن خصومتي فيها أو عن دعوى هذه الدار، فلا تسمع دعواه ولا بينته، وأما لو قال: أبرأتك عنها أو عن خصومتي فيها فإنه باطل، وله أن يخاصم[1] كما لو قال لمن بيده عبد: برئت منه فإنه يبرأ، ولو قال: أبرأتك لا، لأنه إنما أبرأه عن ضمانه، كما في الأشباه من أحكام الدين.

قلت: ففرقوا بين أبرأتك، وبرئت أو أنا بريء لإضافة البراءة لنفسه فتعم، بخلاف أبرأتك لأنه خطاب الواحد، فله مخاصمة غيره كما في حاشيتها معزياً للولوالجية شرح الملتقى. وفي

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (صالح عن بعض ما يدعيه لم يصح إلخ) في «البزازية» من الفصل التاسع في دعوى الصلح: ادعى داراً فأنكر فصولح على نصفها، ثم برهن المدعي أن الدار ملكه، فالمذكور في أكثر الفتاوى أنه يقبل، وهذا بناء على عدم جواز الصلح على بعض المدعى في مثل هذه الصورة، وأنه لا يجوز على ما ذكره في المختصر و«الهداية»، وأنه على خلاف ظاهر الرواية، ووجهه أنه استوفى بعض حقه وترك الباقي، وغاية الترك أن يحمل على الإبراء، والإبراء متى لاقى عيناً لا يصح فصار وجوده وعدمه بمنزلة، بخلاف ما إذا ادعى على أخيه نصف ما في يده بحكم الميراث فأنكر وصالح على بعضه، ثم برهن على الميراث حيث لا يصح ولا يأخذ باقي حصته لأن الصلح قد صح لزعم المدعي أنه أخذ ببعضه ملكه وببعضه ملك المدعى عليه، وما ترك فبعضه ملكه وبعضه ملك المدعى عليه، فيكون ما أخذ من ملك المدعى عليه عوضاً عما ترك من ملك نفسه، وصار هذا كما لو شرط في المسألة الأولى مع بعض المحدود الذي أخذه المدعي دراهم معلومة، فدفعه المدعى عليه، فإنه حيلة ينقطع بها دعواه أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي بأن يقول: برئت من هذه الدار، أو برئت من دعواي فيها، وهذا الكلام من صاحب «الهداية» نص على الفرق بين قوله: برئت وقوله: أبرأتك، كما نص عليه في «الذخيرة» أنه لو قال: أبرأتك من هذا العبد له أن يدعيه بعده، لأنه إبراء عن الضمان الواجب فيبقى أمانة في يده، فتصح دعواه حال قيام العين واستهلاكه لا حال هلاكه، كما نص عليه في غير «الذخيرة»، ولو قال: برئت من هذا العبد أو العين لا تصح دعواه بعده وكان بريئاً، وأما لو صالح على قطعة دار أخرى لا تقبل الدعوى إجماعاً لصحة الصلح، وبه كان يفتي الإمام ظهير الدين قال بكر: هذه رواية ابن سماعة، وفي ظاهر الرواية يصح الصلح ولا تصح الدعوى بعده، وعليه عوّل السرخسي في شرح «الكافي»، ووجهه أن الإبراء لاقى عيناً ودعوى الإبراء عن العين لا تصح، لكن الإبراء عن دعواه صحيحة، فإن المدعي كان يدعي كل الدار لنفسه، فبأخذ البعض أبرأه عن دعوى الباقي فيصح اهـ.

(2) قال الرافعي: قوله: (وله أن يخاصم) أي: غير المخاطب «عناية»، وبالجملة ما كتبه هنا غير محرر والمسألة خلافية.

الرواية الصحة مطلقاً. شرنبلالية. ومشى عليه في الاختيار وعزاه في العزمية للبزازية وفي الجلالية لشيخ الإسلام، وجعل ما في المتن رواية ابن سماعة وقولهم الإبراء عن الأعيان باطل، معناه بطل الإبراء عن دعوى الأعيان ولم يصر ملكاً للمدّعى عليه، ولذا لو ظفر بتلك الأعيان حل له أخذها لكن لا تسمع دعواه في الحكم،

البحر: الإبراء إن كان على وجه الإنشاء، فإن كان عن العين بطل من حيث الدعوى، فله الدعوى بها على المخاطب وغيره، ويصح من حيث نفي الضمان، فإن كان عن دعواها: فإن أضاف الإبراء إلى المخاطب كأبرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتي فيها أو عن دعواي فيها لا تسمع دعواه على المخاطب فقط، وإن أضافه إلى نفسه كقوله: برئت عنها أو أنا بريء فلا تسمع مطلقاً، هذا لو على طريق الخصوص: أي: عين مخصوصة، فلو على العموم فله الدعوى على المخاطب وغيره كما لو تبارأ الزوجان عن جميع الدعاوى وله أعيان قائمة له الدعوى بها، لأنه ينصرف إلى الديون لا الأعيان وأما إذا كان على وجه الإخبار كقوله: هو بريء مما لي قبله فهو صحيح متناول للدين والعين، فلا تسمع الدعوى وكذا لا ملك لي في هذه العين ذكره في المبسوط والمحيط: فعلم أن قوله: لا أستحق قبله حقاً مطلقاً ولا دعوى يمنع الدعوى بالعين والدين، لما في المبسوط: لا حق لي قبله يشمل كل عين ودين فلو ادعى حقاً لم يسمع ما لم يشهدوا أنه بعد البراءة اهـ ما في البحر ملخصاً، وقوله بعد البراءة يفيد أن قوله: لا حق لي إبراء عام لا إقرار. قوله: (مطلقاً) أي: سواء وجد أحد الأمرين أو لم يوجد فلا تسمع دعوى الباقي ح. قوله: (وقولهم) جواب سؤال وارد على كلام الماتن[1] لا على ظاهر الرواية، إذ لا تعرّض للإبراء فيها، وما تضمنه الصلح إسقاط للباقي لا إبراء، فافهم. قوله: (عن دعوى إلخ) كذا عبارة القهستاني ويجب إسقاط لفظ دعوى بقرينة الاستدراك الآتي. ونقل الحموي عن حواشي صدر الشريعة للحفيد معنى قولنا البراءة عن الأعيان لا تصح: أن العين لا تصير ملكاً للمدعى عليه لا أن يبقى المدعي على دعواه إلخ. أبو السعود. وهذا أوضح مما هنا. قال السائحاني: والأحسن أن يقال: الإبراء عن الأعيان باطل ديانة لا قضاء. قال في الهامش: وعبارته في شرح الملتقى معناه: أن العين لا تصير ملكاً للمدعى عليه، لا أنه يبقى على دعواه، بل تسقط في الحكم كالصلح عن بعض الدين، فإنه إنما يبرأ عن باقيه في الحكم لا في الديانة، فلو ظفر به أخذه. ذكره القهستاني والبرجندي وغيرهما. وأما الإبراء عن دعوى الأعيان فصحيح اهـ ما في الهامش. وهو مخالف لما نقلناه عن شرح الملتقى آنفاً. وفي الخلاصة: أبرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتي فيها أو عن دعواي فيها فهذا كله باطل، حتى لو ادعى بعده تسمع، ولو أقام بينة تقبل اهـ. تأمل. ......

---

(1) قال الرافعي: قوله: (جواب سؤال وارد على كلام الماتن) بل هو وارد على ظاهر الرواية، والإبراء والإسقاط بمعنى واحد.

وأما الصلح على بعض الدين فيصح ويبرأ عن دعوى الباقي: أي: قضاء لا ديانة، فلذا لو ظفر به أخذه. قهستاني. وتمامه في أحكام الدين من الأشباه، وقد حققته في شرح الملتقى.

(وصح) الصلح (عن دعوى المال مطلقاً) ولو بإقرار أو بمنفعة (و) عن دعوى (المنفعة) ولو بمنفعة ....

قوله: (وأما الصلح) مقابل قوله: أي عين يدعيها. قوله: (بعض الدين) قال المقدسي عن المحيط: له ألف فأنكره المطلوب فصالحه على ثلاثمائة من الألف صح، ويبرأ عن الباقي قضاء لا ديانة، ولو قضاه الألف فأنكر الطالب فصالحه بمائة صح، ولا يحل له أخذها ديانة فيؤخذ من هنا. ومن أن الربا لا يصح الإبراء عنه ما بقيت عينه عدم صحة براءة علماء قضاة زماننا مما يأخذونه. ويطلبون الإبراء فيبرئونهم، بل ما أخذوه من الربا أعرف بجامع عدم الحل في كل.

واعلم أن عدم براءته في الصلح، استثنى منه في الخانية ما لو زاد وأبرأتك عن البقية. سائحاني. ويظهر من هذا أن ما تضمنه الصلح من الإسقاط ليس إبراء من كل وجه، وإلا لم يحتج لقوله أبرأتك عن البقية.

قوله: (أي: قضاء) وحينئذ فلا فرق بين الدين والعين على ظاهر الرواية. تأمل. قوله: (من الأشباه) قال فيها عن الخانية: الإبراء عن العين المغصوبة إبراء عن ضمانها، وتصير أمانة في يد الغاصب، ولو كانت العين مستهلكة صح الإبراء وبرىء من قيمتها اهـ.

فقولهم: الإبراء عن الأعيان باطل، معناه: أنها لا تكون ملكاً له بالإبراء، وإلا فالإبراء عنها لسقوط ضمانها صحيح أو يحمل على الأمانة اهـ ملخصاً أي: أن البطلان عن الأعيان محله إذا كانت الأعيان أمانة، لأنها إذا كانت أمانة لا تلحقه عهدتها، فلا وجه للإبراء عنها. تأمل.

وحاصله: أن الإبراء المتعلق بالأعيان إما إن يكون من دعواها وهو الصحيح بلا خلاف مطلقاً وإن تعلق بنفسها، فإن كانت مغصوبة هالكة صح أيضاً كالدين، وإن كانت قائمة فمعنى البراءة عنها البراءة عن ضمانها لو هلكت وتصير بعد البراءة من عينها، كالأمانة لا تضمن إلا بالتعدي عليها، وإن كانت العين أمانة فالبراءة لا تصح ديانة بمعنى أنه إذا ظفر بها مالكها أخذها وتصح قضاء فلا يسمع القاضي دعواه بعد البراءة، هذا ملخص ما استفيد من هذا المقام ط. وهو كلام حسن يرشدك إلى أن قول الشارح معناه محمول على الأمانة. بقي لو ادعى عليه عيناً في يده فأنكر ثم أبرأه المدعي عنها فهو بمنزلة دعوى الغصب، لأنه بالإنكار صار غاصباً، وهل تسمع الدعوى بعده لو قائمة؟ الظاهر نعم. قوله: (ولو بإقرار) أي: صح الصلح عن دعوى المال، ولو كان الصلح بإقرار المدعى عليه وسواء كان الصلح عنه بمال أو بمنفعة وقوله: هنا عنه: أي: عن المال. قوله: (أو بمنفعة) أي: ولو بمنفعة. قوله: (وعن دعوى المنفعة) صورة دعوى المنافع: أن

عن جنس آخر (و) عن دعوى (الرق وكان عتقاً على مال) ويثبت الولاء لو بإقرار، وإلا لا إلا ببينة. درر.

قلت: ولا يعود بالبينة رقيقاً، وكذا في كل موضع أقام بينة بعد الصلح لا يستحق المدعى، لأنه بأخذ البدل باختياره نزل بائعاً فليحفظ (و) عن دعوى الزوج (النكاح) على غير مزوجة (وكان خلعاً) ولا يطيب لو مبطلاً، ويحل لها التزوّج لعدم

يدعي على الورثة أن الميت أوصى بخدمة هذا العبد، وأنكر الورثة، لأن الرواية محفوظة على أنه لو ادعى استئجار عين والمالك ينكر ثم صالح لم يجز اهـ. وفي الأشباه: الصلح جائز عن دعوى المنافع إلا دعوى إجارة كما في المستصفى اهـ رملي. وهو مخالف لما في البحر. تأمل. قوله: (عن جنس آخر) كالصلح عن السكنى على خدمة العبد، بخلاف الصلح عن السكنى على سكنى، فلا يجوز كما في العيني والزيلعي. قال السيد الحموي: لكن في الولوالجية ما يخالفه حيث قال: وإذا ادعى سكنى دار مصالحة عن سكنى دار أخرى مدة معلومة جاز، وإجارة السكنى بالسكنى لا تجوز. قال: وإنما كان كذلك لأنهما ينعقدان[1] تمليكاً بتمليك اهـ أبو السعود، وذكره ابن ملك في شرح النقاية مخالفاً لما ذكره في شرحه على المجمع. قال في اليعقوبية: والموافق للكتب ما في شرح المجمع[2]. قوله: (على مال) أي: في حق المدعي وفي حق الآخر دفعاً للخصومة. بحر. قوله: (لو بإقرار) أي: من العبد. قوله: (لا يستحق المدعى) بالبناء للمفعول وسيأتي آخر الباب استثناء مسألة. قوله: (لأنه بأخذ البدل) بإضافة أخذ إلى البدل. قوله: (على غير مزوجة) لأنه لو كانت ذات زوج لم يصح الصلح وليس عليها العدة ولا تجديد النكاح مع زوجها كما في العمادية. قهستاني[3]. قوله: (وكان خلعاً) ظاهره: أنه ينقص عدد الطلاق فيملك عليها طلقتين لو تزوجها بعد، أما إذا كان عن إقرار فظاهر، وأما إذا كان عن إنكار أو سكوت فمعاملة له بزعمه فتدبر ط. قوله: (لو مبطلاً) هذا عام في جميع أنواع الصلح. كفاية. ....

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وإنما كان كذلك لأنهما ينعقدان إلخ) أي: البيع والإجارة، كما ذلك عبارة الحموي بدل ضمير التثنية أي: بخلاف الصلح عن المنفعة، فإنا نعتبره إسقاطاً، فإن لفظه يحتمل التمليك والإسقاط، فإذا لم يكن اعتباره تمليكاً يعتبر إسقاطاً وإلا لما جاز لأنه بمنزلة المستعير، وهو لا يقدر على تمليك المنفعة من أحد ببدل كذا يفاد من «النهاية».

(2) قال الرافعي: قوله: (والموافق للكتب ما في شرح «المجمع») جعل عبد الحليم المعوّل عليه ما في «الولوالجية» ونقله عن عدة كتب فانظره.

(3) قال الرافعي: قوله: (كما في «العمادية» قهستاني) وقال الرحمتي: قوله: غير مزوّجة يشمل ما إذا ادعى أنها زوجته قبل أن يتزوّجها هذا الزوج الموجود في حال الدعوى، لأنه حين ادعى النكاح ادعاه على غير مزوّجة، أما لو ادعى أنه تزوجها في حال قيام الزوجية لم تصح دعواه، فلا يصح صلحه لعدم تأتي كونه خلعاً، كذا لو لم يحلّ له تزوجها كتزوج أختها وأربع سواها إلخ اهـ.

الدخول، ولو ادعته المرأة فصالحها لم يصح. وقاية ونقاية ودرر وملتقى. وصححه في المجتبى والاختيار، وصحح الصحة في درر البحار (**وإن قتل العبد المأذون له رجلاً عمداً لم يجز صلحه عن نفسه**) لأنه ليس من تجارته فلم يلزم المولى، لكن يسقط به القود ويؤاخذ بالبدل بعد عتقه (**وإن قتل عبد له**) أي: للمأذون (**رجلاً عمداً وصالحه**) المأذون (**عنه جاز**) لأنه من تجارته والمكاتب كالحر (**والصلح عن المغصوب** ....

قوله: (**لم يصح**) وأطال صاحب غاية البيان في ترجيحه. حموي. قوله: (**في درر البحار**) وأقره في شرحه غرر الأفكار. وعليه اقتصر في البحر فكان فيه اختلاف التصحيح، وعبارة المجمع: أو ادعت منع نكاحه فصالحها جاز، وقيل لم يجز. قوله: (**عمداً**) قيد به لأنه لو كان القتل خطأ فالظاهر الجواز[1] لأنه يسلك به مسلك الأموال ط. قوله: (**فلم يلزم المولى**) قال المقدسي: فإن أجازه صح. سائحاني. قوله: (**عبد**) فاعل قتل. قوله: (**المغصوب**) أي: القيمي لأنه لو كان مثليًّا فهلك، فالمصالح عليه إن كان من جنس المغصوب لا تجوز الزيادة اتفاقاً، وإن كان من خلاف جنسه جاز اتفاقاً، وقيد بالهلاك إذ لو كان قبله يجوز اتفاقاً. ابن ملك، وسيذكر محترز قوله: «قبل القضاء» وقيد بقوله: «على أكثر من قيمته» لأنه محل الخلاف.

وفي جامع الفصولين: غصب كرّ بر[2] أو ألف درهم فصالح على نصفه: فلو كان المغصوب هالكاً جاز الصلح، ولو قائماً لكن غيبه أو أخفاه وهو مقر أو منكر جاز قضاء لا ديانة، ولو حاضراً يراه لكن غاصبه منكر جاز كذلك، فلو وجد المالك بينة على بقية ماله قضى له به، والصلح على بعض حقه في كيلي أو وزني حال قيامه باطل[3]، ولو أقر بغصبه وهو ظاهر ويقدر

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (لأنه لو كان القتل خطأ، فالظاهر الجواز إلخ)** ظاهر تعليل الشارح بقوله: لأنه ليس من تجارته إلخ أن الخطأ كذلك إذ موجبه الدفع أو الفداء، وهذا ليس من التجارة ولا توابعها، فعلى هذا لو قتل خطأ وصالح ولي الجناية على ثوب ولم يجز الصلح المولى، واختار أحد الأمرين يكون الصلح غير نافذ، وله دفع ما اختار.

(2) **قال الرافعي: قوله: (وفي «جامع الفصولين» غصب كرّ بر إلخ)** في الحموي عند قول «الكنز»: أدّ إليّ غداً نصفه على أنك بريء إلخ عن «الخانية» قال: صالحتك من الألف على مائة لا يبرأ ديانة إلا إذا زاد أبرأتك عن البقية. صالح عن دراهم غصبها وغيبها على بعضها ودفعه جاز قضاء وعليه ردها ديانة، وكذا لو حاضرة يراها المالك جاحداً، لأن المجحود كمستهلك، فإن وجد بينة قضى له بها لظهور عدم الاستهلاك، ولو مقراً، وهي حاضرة يقدر المالك عليها، فصالحه على نصفها على أن أبرأه عن الباقي، ففي القياس يبرأ قضاء، وفي الاستحسان لا يجوز لتعذر تصحيحه بطريق الإسقاط، لأن الإبراء عن الأعيان باطل والمبادلة أيضاً للربا.

(3) **قال الرافعي: قوله: (والصلح على بعض حقه في كيلي أو وزني حال قيامه باطل)** إنما يظهر على رواية ابن سماعة.

الهالك على أكثر من قيمته قبل القضاء بالقيمة جائز) كصلحه بعرض **(فلا تقبل بينة الغاصب بعده)** أي: الصلح على **(أن قيمته أقل مما صالح عليه)** ولا رجوع للغاصب على المغصوب منه بشيء **(لو تصادقا بعده أنها أقل)** بحر.

(ولو أعتق موسر عبداً مشتركاً فصالح) الموسر **(الشريك على أكثر من نصف قيمته لا يجوز)** لأنه مقدر شرعاً فبطل الفضل اتفاقاً **(كالصلح في)** المسألة **(الأولى)** على أكثر من قيمة المغصوب؟ **(بعد القضاء بالقيمة)** فإنه لا يجوز، لأن تقدير القاضي كالشارع **(وكذا لو صالح بعرض صح، وإن كانت القيمة أكثر من قيمة مغصوب تلف)** لعدم الربا **(و)** صح **(في)** الجناية **(العمد)** مطلقاً ولو في نفس مع إقرار **(بأكثر من الدية والأرش)** أو بأقل لعدم الربا، وفي الخطأ كذلك لا تصح الزيادة لأن الدية في الخطأ مقدرة، حتى لو صالح بغير مقاديرها صح كيفما كان بشرط المجلس لئلا يكون ديناً بدين، ....

مالكه على قبضه فصالحه على نصفه على أن أبرأه مما بقي جاز قياساً لا استحساناً، ولو صالحه في ذلك على ثوب ودفعه جاز في الوجوه كلها، إذ يكون مشترياً للثوب بالمغصوب، ولو كان المغصوب قناً أو عرضاً فصالح غاصبه مالكه على نصفه وهو مغيبه عن مالكه وغاصبه مقر أو منكر لم يجز، إذ صلحه على نصفه إقرار بقيامه، بخلاف كيلي أو وزني إذ يتصور هلاك بعضه دون بعضه عادة، بخلاف ثوب وقن اهـ. **قوله: (من قيمته)** ولو بغبن فاحش. قال في غاية البيان: بخلاف الغبن اليسير، فإنه لما دخل تحت تقويم المقوّمين لم يعد ذلك فضلاً فلم يكن ربا أي: عندهما. **قوله: (بالقيمة جائز)** لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس، فلا يكون ربا، وهذا جائز عند الإمام خلافاً لهما، لأن حق المالك في الهالك لم ينقطع، ولم يتحول إلى القيمة فكان صلحاً عن المغصوب لا عن قيمته. **قوله: (بعرض)** أي: سواء كانت قيمته كقيمة الهالك أو أقل أو أكثر، وإنما ذكرها الشارح هنا مع أنها ستأتي متناً إشارة إلى أن محلها هنا ح. **قوله: (موسر)** قيد له، لأنه لو كان معسراً يسعى العبد في نصفه كما في مسكين. **قوله: (وصح في الجناية العمد)** شمل ما إذا تعدد القاتل أو انفرد، حتى لو كانوا جماعة فصالح أحدهم على أكثر من قدر الدية جاز، وله قتل البقية والصلح معهم لأن حق القصاص ثابت على كل واحد منهم على سبيل الانفراد. تأمل. رملي. **قوله: (لعدم الربا)** لأن الواجب فيه القصاص وهو ليس بمال. **قوله: (كذلك)** أي: ولو في نفس مع إقرار. ح. **قوله: (الزيادة)** أفاد صحة النقص. **قوله: (حتى لو صالح)** أفاد أن الكلام فيما إذا صالح على أحد مقادير الدية وصح مائة بعير أو مائتا بقرة أو مائتا شاة أو مائتا حلة أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم كما في العزمية عن الكافي. **قوله: (بشرط المجلس)** أي: بشرط القبض في المجلس، وهذا مقيد بما إذا كان الصلح بمكيل أو موزون كما

وتعيين القاضي أحدها يصير غيره كجنس آخر، ولو صالح على خمر فسد فتلزم الدية في الخطأ ويسقط القود لعدم ما يرجع إليه. اختيار (وكل) زيد عمراً (بالصلح عن دم عمد أو على بعض دين يدعيه) على آخر من مكيل وموزون[1] (لزم بدله الموكل لأنه إسقاط فكان الوكيل سفيراً، إلا أن يضمنه الوكيل) فيؤاخذ بضمانه (كما لو وقع الصلح) من الوكيل (عن مال بمال عن إقرار) فيلزم الوكيل لأنه حينئذ كبيع (أما

قيده في العناية[2] ح. قوله: (أحدها) كالإبل مثلاً. قوله: (يصير) بضم الياء وفتح الصاد وكسر الياء المشددة فعل مضارع. قوله: (كجنس آخر) فلو قضى القاضي بمائة بعير فصالح القاتل عنها على أكثر من مائتي بقرة وهي عنده ودفعها جاز، وتمامه في الجوهرة. قوله: (ويسقط القود) أي: في العمد: يعني يصير الصلح الفاسد فيما يوجب القود عفواً عنه، وكذا لو خنزير أو حر كما في الهندية. سائحاني. وهذا بخلاف ما إذا فسد بالجهالة.

قال في المنح: ثم إذا فسدت التسمية في الصلح كما لو صالح على دابة أو ثوب غير معين تجب الدية لأن الولي لم يرض بسقوط حقه مجاناً[3]، بخلاف ما إذا لم يسم شيئاً أو سمى الخمر ونحوه حيث لا يجب شيء لما ذكرنا: أي: من أن القصاص إنما يتقوم بالتقوم ولم يوجد. قوله: (ما يرجع إليه) إذ لا دية فيه، بخلاف الخطأ فإنه إذا بطل الصلح يرجع إلى الدية المتقدمة قريباً. قوله: (أو على) نسخ المتن أو عن. قوله: (يدعيه على آخر) العبارة مقلوبة، والصواب: «يدعيه عليه آخر» يدل عليه قوله: «لزم بدله الموكل»: قوله: (فيؤاخذ) أي: ويرجع على الموكل به، وكذا الصلح بالخلع[4]، وكذا يرجع في الصورة التالية لهذه كما في المقدسي. سائحاني. قوله: (فيلزم الوكيل) أي: ثم يرجع به على الموكل. قوله: (لأنه حينئذ كبيع) والحقوق فيه ترجع إلى

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (من مكيل وموزون) بيان للدين والمراد أنه دين منهما ولو بحسب التقدير فيدخل قيمي المتلفات، والظاهر أن مثل ما ذكر المعدود المتقارب والمذروع إذا بين صفته وطوله وعرضه، فإن ذلك يثبت في الذمة، وحينئذ فالبيان قاصر.

(2) قال الرافعي: قوله: (بمكيل أو موزون كما قيده في «العناية») القصد الاحتراز عن القيميات، وإلا فالعدديات المتقاربة والثياب الموصوفة كذلك، لأنها تثبت في الذمة.

(3) قال الرافعي: قوله: (لأن الولي لم يرض بسقوط حقه مجاناً) أي: فيصار إلى موجبه الأصلي وهو الدية لأنها موجبة القتل في الجملة. تأمل.

(4) قال الرافعي: قوله: (وكذا الصلح بالخلع) لعله والخلع كالصلح، فتحصل أنه يرجع في مسألتي الصلح المذكورتين، وفي مسألة الخلع، وفي مسألة الصلح عن مال بمال بإقرار ووكيل النكاح إذا ضمن وأدى لا يرجع، لأن أمره بالنكاح فائدته الجواز لعدم نفاذه من الأجنبي، بخلاف الوكيل بالصلح المذكور أو بالخلع، لأن أمره به أمر بالأداء عنه ليفيد الأمر فائدته لجوازه بغير أمره، فكان فائدته الرجوع عليه.

إذا كان عن إنكار لا) يلزم الوكيل مطلقاً. بحر ودرر **(صالح عنه)** فضولي **(بلا أمر صح إن ضمن المال أو أضاف)** الصلح **(إلى ماله أو قال: عليّ هذا أو كذا وسلم)** المال صح وصار متبرّعاً في الكل إلا إذا ضمن بأمره عزمي زاده **(وإلا)** يسلم في الصورة الرابعة **(فهو موقوف، فإن أجازه المدعى عليه جاز ولزمه)** البدل **(وإلا بطل**

المباشر فكذا ما كان بمنزلته. قوله: **(مطلقاً)** سواء كان عن مال بمال أو لا. ح. قوله: **(صالح عنه فضولي إلخ)** هذا فيما إذا أضاف العقد إلى المصالح عنه لما في آخر تصرفات الفضولي من جامع الفصولين ف. الفضولي إذا أضاف العقد إلى نفسه يلزمه البدل، وإن لم يضمنه ولم يضفه إلى مال نفسه ولا إلى ذمة نفسه، وكذا الصلح عن الغير اهـ. قوله: **(وسلم)** أي: في الأخيرة قوله: **(صح)** مكرر بما في المتن.

وفي الدرر: أما الأول: فلأن الحاصل للمدعى عليه البراءة وفي حقها الأجنبي والمدعى عليه سواء، ويجوز أن يكون الفضولي أصيلاً إذا ضمن كالفضولي بالخلع إذا ضمن البدل، وأما الثاني: فلأنه إذا أضافه إلى نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح، وأما الثالث: فلأنه إذا عينه للتسليم فقد اشترط له سلامة العوض فصار العقد تاماً بقبوله، وأما الرابع: فلأن دلالة التسليم على رضا المدعي[1] فوق دلالة الضمان والإضافة لنفسه على رضاه اهـ باختصار. قوله: **(في الكل)** فلو استحق العوض في الوجوه التي تقدمت أو وجده زيوفاً أو ستوقة لم يرجع على المصالح، لأنه متبرع التزم تسليم شيء معين ولم يلتزم الإيفاء عن غيره فلا يلزمه شيء آخر، ولكن يرجع بالدعوى لأنه لم يرض بترك حقه مجاناً، إلا في صورة الضمان فإنه يرجع على المصالح لأنه صار ديناً في ذمته ولهذا لو امتنع من التسليم يجبر عليه. زيلعي. قوله: **(بأمره)** لم يرجع على المصالح عنه إن كان الصلح بأمره[2]. بزازية. فتقييد الضمان اتفاقي وفيها الأمر بالصلح والخلع أمر بالضمان لعدم توقف صحتهما على الأمر[3] فيصرف الأمر إلى إثبات حق الرجوع، بخلاف الأمر بقضاء الدين اهـ. قوله: **(عزمي)** لم أجده فيه فليراجع. قوله: **(وإلا يسلم)** كان ينبغي أن يقول: وإلا يوجد شيء مما ذكر من الصور الأربعة كما يعلم مما نقلناه عن الدرر. قوله: **(وإلا فهو موقوف)** هذه صورة خامسة مترددة بين الجواز والبطلان، ووجه الحصر كما في الدرر: أن الفضولي إما أن يضمن المال أو لا، فإن لم يضمن فإما أن يضيف إلى ماله أو

(1) قال الرافعي: قوله: **(وأما الرابع فلأن دلالة التسليم على رضا المدعي إلخ)** وأما الخامس لما لم يكن كباقي الوجوه لم يفد صحة الصلح «درر».

(2) قال الرافعي: قوله: **(إن كان الصلح بأمره)** لكن إذا كان بالأمر فلم تكن المسألة مما نحن فيه وهو صلح الفضولي.

(3) قال الرافعي: قوله: **(لعدم توقف صحتهما على الأمر إلخ)** العلة المذكورة تفيد أن الأمر بقضاء الدين كالأمر بالصلح في الرجوع على الأمر.

والخلع في جميع ما ذكرنا من الأحكام) الخمسة (كالصلح. ادعى وقفية دار ولا بينة له فصالحه المنكر لقطع الخصومة جاز وطاب له) البدل (لو صادقاً في دعواه وقيل) قائله صاحب الأجناس (لا) يطيب لأنه بيع معنى وبيع الوقف لا يصح (كل صلح بعد صلح فالثاني باطل، وكذا) النكاح بعد النكاح والحوالة بعد الحوالة ....

لا، فإن لم يضفه فإما أن يشير إلى نقد أو عرض أو لا، فإن لم يشر فإما أن يسلم العوض أو لا فالصلح جائز في الوجوه كلها إلا الأخير وهو ما إذا لم يضمن البدل، ولم يضفه إلى ماله ولم يشر إليه ولم يسلم إلى المدعي حيث لا يحكم بجوازه بل يكون موقوفاً على الإجازة إذ لم يسلم للمدعي عوض اهـ. وجعل الصور الزيلعي أربعاً، وألحق المشار بالمضاف. **قوله: (الخمسة)** التي خامستها قوله: «وإلا بطل» أو التي خامستها قوله: «وإلا فهو موقوف» بعد قوله: «أو على هذا» ويؤيده قول الشارح: سابقاً في الصورة الرابعة. **قوله: (في دعواه)** فيه أنه إذا كان صادقاً في دعواه كيف يطيب له[1] وفي زعمه أنها وقف وبدل الوقف حرام تملكه من غير مسوغ فأخذه مجرد رشوة ليكف دعواه، فكان كما إذا لم يكن صادقاً، وقد يقال: إنه إنما أخذه ليكف دعواه لا ليبطل وقفيته، وعسى أن يوجد مدع آخر ط.

قلت: أطلق في أول وقف الحامدية الجواب بأنه لا يصح، **قال:** لأن المصالح يأخذ بدل الصلح عوضاً عن حقه على زعمه فيصير كالمعاوضة، وهذا لا يكون في الوقف لأن الموقوف عليه لا يملك الوقف فلا يجوز له بيعه، فهاهنا إن كان الوقف ثابتاً فالاستبدال به لا يجوز، وإلا فهذا يأخذ بدل الصلح لا عن حق ثابت فلا يصح ذلك على حال. كذا في جواهر الفتاوى اهـ. ثم نقل الحامدي ما هنا ثم قال فتأمل اهـ. وانظر ما كتبناه في باب البيع الفاسد عن النهر عند قوله: «بخلاف بيع قن ضم إلى مدبر». **قوله: (كل صلح بعد صلح)** المراد الصلح الذي هو إسقاط. أما لو اصطلحا على عوض ثم على عوض آخر فالثاني هو الجائز وانفسخ الأول كالبيع. نور العين عن الخلاصة. **قوله: (فالثاني باطل)** قاله القاضي الإمام. **قوله: (وكذا النكاح إلخ)** وتمامه في جامع الفصولين في الفصل العاشر. كذا في الهامش. **قوله: (بعد النكاح)** وفيه خلاف، فقيل تجب التسمية الثانية، وقيل كل منهما. **قوله: (والحوالة إلخ)** بأن كان له على آخر ألف فأحال عليه بها شخصاً ثم أحال عليه بها شخصاً آخر. شيخنا. ....

(1) **قال الرافعي: قوله: (فيه أنه إذا كان صادقاً في دعواه كيف يطيب له إلخ)** الظاهر أن من قال: يطيب له يعني به أنه يطيب له الأخذ، ويجعله مكاناً موقوفاً لعجزه عن تحصيل الوقف بفقد البينة، ومن قال: لا يطيب أراد به أنه لا يحل له التصرف فيه لأنه بدل الوقف في زعمه، فيكون في حكم الوقف تأمل رحمتي اهـ. سندي. وفي «البزازية» من الوقف في الفصل السابع في الدعوى والشهادة: وفي الفتاوى: قيم خاف من السلطان أو من الوارث على الوقف له أن يبيع ويتصدق بثمنه، قال الصدر: والفتوى على أنه لا يجوز بيع الوقف اهـ، والظاهر أن ما نحن فيه كذلك تأمل.

و(**الصلح بعد الشراء**) والأصل أن كل عقد أعيد فالثاني باطل، إلا في ثلاث مذكورة في بيوع الأشباه: الكفالة، والشراء، والإجارة، فلتراجع (**أقام**) المدعى عليه (**بينة بعد الصلح عن إنكار أن المدعي قال قبله**) قبل الصلح (**ليس قبل فلان حق، فالصلح ماض**) على الصحة. (**ولو قال**) المدعي: (**بعده ما كان لي قبله**) قبل المدعى عليه (**حق بطل**) الصلح. بحر. قال المصنف: وهو مقيد لإطلاق العمادية، ثم نقل عن دعوى البزازية أنه لو ادعى الملك بجهة أخرى لم يبطل، فيحرر (**والصلح عن الدعوى الفاسدة يصح، وعن الباطلة لا**) والفاسدة ما يمكن تصحيحها. بحر، ..

قوله: (بعد الشراء) أي: بعد ما اشترى المصالح عنه. **قوله: (إلا في ثلاث) قلت**: زاد في الفصولين الشراء بعد الصلح. **قوله: (الكفالة)** أي: لزيادة التوثق. أشباه. **قوله: (والشراء)** أطلقه في جامع الفصولين، وقيده في القنية بأن يكون الثاني أكثر ثمناً من الأول أو أقل أو بجنس آخر، وإلا فلا يصح. أشباه. **قوله: (والإجارة إلخ)** أي: من المستأجر الأول فهي نسخ للأولى. أشباه. **قوله: (ليس لي قبل)** بكسر ففتح. **قوله: (ما كان لي قبله)** بكسر ففتح أيضاً. **قوله: (قال المصنف)** نصه: وفي العمادية ادعى فأنكر فصالحه ثم ظهر بعده أن لا شيء عليه بطل الصلح اهـ.

أقول: يجب أن يقيد قوله ثم ظهر بغير الإقرار قبل الصلح لما تقدم من مسألة المختصر، وبه صرح مولانا صاحب البحر. ح. ولا يخفى أن علة مضي الصلح على الصحة في مسألة المتن المتقدمة عدم قبول الشهادة لما فيه من التناقض، فلا يظهر حينئذ أن لا شيء عليه فلم تشملها عبارة العمادية، فافهم. **قوله: (عن دعوى البزازية)** ونصها: وفي المنتقى ادعى ثوباً وصالح ثم برهن المدعى عليه على إقرار المدعي أنه لا حق له فيه: إن على إقراره قبل الصلح فالصلح صحيح، وإن بعد الصلح يبطل الصلح، وإن علم الحاكم إقراره بعدم حقه ولو قبل الصلح يبطل الصلح، وعلمه بالإقرار السابق كإقراره بعد الصلح، هذا إذا اتحد الإقرار بالملك بأن قال لا حق لي بجهة الميراث ثم قال: إنه ميراث لي عن أبي، فأما غيره إذا ادعى ملكاً لا بجهة الإرث بعد الإقرار بعدم الحق بطريق الإرث بأن قال حقي بالشراء أو بالهبة لا يبطل اهـ. **قوله: (فيحرر)** ما نقله عن البزازية لا يحتاج إلى تحرير، لأنه تقييد مفيد، ولعله أراد تحرير ما قاله المصنف من تقييد ما في العمادية فإنه غير ظاهر كما علمت، والله أعلم. **قوله: (والفاسدة)** مثال الدعوى التي لا يمكن تصحيحها: لو ادعى أمة فقالت: أنا حرة الأصل فصالحها عنه[1] فهو جائز، وإن أقامت بينة على أنها حرة الأصل بطل الصلح، إذ لا يمكن تصحيح هذه الدعوى بعد ظهور حرية الأصل. ومثال الدعوى التي يمكن تصحيحها: لو أقامت بينة أنها كانت أمة فلان أعتقها عام أول وهو يملكها بعدما ادعى

---

(1) قال الرافعي: قوله: (فصالحها عنه) أي: عن ادعائه أنها أمته لا عن دعواها أنها حرة الأصل، فإن الظاهر عدم صحته كالصلح عن دعوى الطلاق الثلاث تأمل.

وحرر في الأشباه أن الصلح عن إنكار بعد دعوى فاسدة فاسد إلا في دعوى بمجهول فجائز، فليحفظ **(وقيل اشتراط صحة الدعوة لصحة الصلح غير صحيح مطلقاً)** فيصح الصلح مع بطلان الدعوى، كما اعتمده صدر الشريعة آخر الباب وأقره ابن الكمال وغيره في باب الاستحقاق كما مر فراجعه **(وصح الصلح عن دعوى حق الشرب وحق الشفعة[1] وحق وضع الجذوع على الأصح)** الأصل: أنه متى توجهت اليمين نحو

شخص أنها أمته لا يبطل الصلح، لأنه يمكن تصحيح دعوى المدعي وقت الصلح بأن يقول: إن فلاناً الذي أعتقك كان غصبك مني حتى لو أقام بينة على هذه الدعوى تسمع. حموي مدني. وقوله هنا: وهو يملكها جملة حالية. **قوله: (وحرر إلخ)** هذا التحرير غير محرر، ورده الرملي وغيره بما في البزازية، والذي استقر عليه فتوى أئمة خوارزم أن الصلح عن دعوى فاسدة لا يمكن تصحيحها لا يصح، والتي يمكن تصحيحها كما إذا ترك ذكر أحد الحدود يصح اهـ. وهذا ما ذكره المصنف، وقد علمت أنه الذي اعتمده صدر الشريعة وغيره فكان عليه المعول. **قوله: (وقيل إلخ)** الأخصر أن يقال: وقيل يصح مطلقاً. **قوله: (آخر الباب)** فيه نظر، فإن عبارته هكذا، ومن المسائل المهمة أنه هل يشترط لصحة الصلح صحة الدعوى أم لا؟ فبعض الناس يقولون يشترط، لكن هذا غير صحيح لأنه إذا ادعى حقاً مجهولاً في دار فصولح على شيء يصح الصلح على ما مر في باب الحقوق والاستحقاق، ولا شك أن دعوى الحق المجهول دعوى غير صحيحة. وفي الذخيرة مسائل تؤيد ما قلنا أي: فالمتبادر أنه أراد الفاسدة بدليل التمثيل لأنه يمكن تصحيحها بتعيين الحق المجهول وقت الصلح، وفي حاشية الرملي على المنح بعد نقله عبارته:

أقول: هذا لا يوجب كون الدعوى الباطلة كالفاسدة، إذ لا وجه لصحة الصلح عنها كالصلح عن دعوى حد[2] أو ربا وحلوان الكاهن وأجرة النائحة والمغنية إلخ، وكذا ذكر الرملي في حاشيته على الفصولين نقلاً عن المصنف بعد ذكره عبارة صدر الشريعة قال ما نصه: فقد أفاد أن القول باشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح ضعيف اهـ. **قوله: (وحق الشفعة)** أي: دعوى حقها لدفع اليمين[3]، بخلاف الصلح عن حقها الثابت كما مر. ....

---

(1) **قال الرافعي: قول المصنف: (وصح الصلح عن دعوى حق الشرب وحق الشفعة إلخ)** أي: في حق المدعى عليه لدفع اليمين عنه لا في حق المدعي، ومن هنا يعلم الفرق بين الصلح عن الشفعة وبين الصلح عن دعواها، فيصح في الأول ولا يلزم البدل، ويصح في الثاني ويلزم البدل. سندي.

(2) **قال الرافعي: قوله: (كالصلح عن دعوى حد)** ليس في هذا المثال الصلح عن دعوى باطلة، وإن كان باطلاً فيه.

(3) **قال الرافعي: قوله: (أي: دعوى حقها لدفع اليمين إلخ)** قال: وكذلك يقال في دعوى وضع الجذع والشرب.

الشخص في أي: حق كان فافتدى اليمين بدراهم جاز حتى في دعوى التعزير. مجتبى. بخلاف دعوى حد ونسب[1]. درر **(الصلح إن كان بمعنى المعاوضة)** بأن كان دينا بعين[2] **(ينتقض بنقضهما)** أي: بفسخ المتصالحين **(وإن كان لا بمعناها)** أي: المعاوضة بل بمعنى استيفاء البعض وإسقاط البعض **(فلا)** تصح إقالته ولا نقضه لأن الساقط لا يعود. قنية وصيرفية. فليحفظ.

(ولو صالح عن دعوى دار على سكنى بيت منها أبداً أو صالح على دارهم إلى الحصاد أو صالح مع المودع بغير دعوى الهلاك لم يصح الصلح) في الصور الثلاث. سراجية. قيد بعدم دعوى الهلاك لأنه لو ادعاه وصالحه قبل اليمين صح، به يفتى. خانية **(ويصح)** الصلح **(بعد خلف المدعى عليه دفعاً للنزاع)** ....

قوله: (ديناً بعين) وفي بعض النسخ بدين. قوله: (وصيرفية) الأولى الاقتصار على العزو إلى القنية، لأنه في الصيرفية نقل الخلاف في الصحة وعدمها مطلقاً، وأما في القنية فقد حكى القولين ثم وفق بينهما بما هنا فقال: الصواب أن الصلح إن كان إلخ. قوله: (على سكنى بيت) قيد بالسكنى، لأنه لو صالحه على بيت منها كان وجه عدم الصحة كونه جزءاً من المدعى بناء على خلاف ظاهر الرواية الذي مشى عليه في المتن سابقاً، وقيد بقوله: أبداً ومثله حتى يموت كما في الخانية، لأنه لو بين المدة يصح[3] لأنه صلح على منفعة فهو في حكم الإجارة فلا بد من التوقيت كما مر، وقد اشتبه الأمر على بعض المحشين قوله: (إلى الحصاد) لأنه بيع معنى فتضرّ جهالة الأجل. قوله: (بغير دعوى) أي: الدعوى من المودع. قوله: (ويصح الصلح) أي: لو ادعى مالاً فأنكر وحلف ثم ادعاه عند قاض آخر فأنكر فصولح صح، ولا ارتباط لهذه بمسألة الوديعة: قال المودع: ضاعت الوديعة أو رددتها وأنكر ربها الرد أو الهلاك صدق المودع بيمينه ولا شيء عليه، فلو صالح ربها بعد ذلك على شيء فهو على أربعة وجوه: أحدها: أن يدعي ربها الإيداع وجحده المودع، ثم صالحه على شيء معلوم جاز اتفاقاً. الثاني: أن يدعي الوديعة وطالبه بالرد فأقر

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (بخلاف دعوى حد ونسب) علل عدم صحته في الحد في الدرر بأن الصلح لا يجري في حقه تعالى، وفي النسب بأن الصلح إما إسقاط أو معاوضة وهو لا يحتملهما، وهذا ظاهر، وإلا فالنسب وارد على الأصل الذي ذكره، فإنه يجري فيه الحلف على المعتمد، تأمل.

(2) قال الرافعي: قول الشارح: (بأن كان ديناً بعين) في هذا التصوير وما بعده قصور.

(3) قال الرافعي: قوله: (لأنه لو بين المدة يصح) ينبغي أن تكون الصحة على ظاهر الرواية كما هو ظاهر، وليس هذا الصلح في حكم الإجارة لا بالنسبة لزعم المدعي ولا المدعى عليه، كما هو ظاهر أيضاً.

....

المودع بالوديعة وسكت ولم يقل شيئاً ورب المال يدعي عليه الاستهلاك ثم صالحه على شيء معلوم جاز أيضاً وفاقاً. **الثالث**: أن يدعي عليه الاستهلاك وهو يدعي الرد أو الهلاك ثم صالحه على معلوم جاز عند محمد وأبي يوسف آخراً[1]، ولم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف أولاً، وبه يفتى، وأجمعوا على أنه لو صالح بعد ما حلف أنه رد الوديعة أو هلكت لا يجوز الصلح إنما الخلاف فيما لو صالح قبل اليمين. **الرابع**: أن يدعي المودع الرد أو الهلاك ورب المال سكت ولم يقل شيئاً: فعند أبي يوسف لا يجوز الصلح، وعند محمد يجوز، **قال المودع** بعد الصلح: كنت قلت قبل الصلح إنها هلكت أو رددتها فلم يصح الصلح على قول أبي حنيفة وقال رب المال: ما قلت، فالقول للمنكر ولا يبطل الصلح. خانية هذا ما رأيته في الخانية بنوع اختصار، ورأيته في غيرها معزواً إليها كذلك، ونقلها في المنح، لكن سقط من عبارته شيء اختل به المعنى، فإنه قال في الوجه الثالث: جاز الصلح في قول محمد وأبي يوسف الأول، وعليه الفتوى، والذي رأيته في الخانية أن الفتوى على عدم الجواز. وبقي خامسة ذكرها المقدسي وهي: ادعى ربها الاستهلاك فسكت فصلحه جائز، لكن هذا هو الثاني في الخانية[2].

ثم اعلم أن كلام الماتن والشارح غير محرر، لأن قوله: «بغير دعوى الهلاك» شامل للجحود والسكوت ودعوى الرد وهو الوجه الأول والثاني وأحد شقي الثالث والرابع، وقد علمت أنه في الأول والثاني جائز اتفاقاً وكذا في أحد شقي الثالث والرابع على الراجح[3].

---

(1) **قال الرافعي**: قوله: (جاز عند محمد وأبي يوسف آخراً إلخ) وجه قول محمد أن دعوى الضمان بالاستهلاك للأمانة صحيحة واليمين متوجهة على المودع والبراءة غير ثابتة في حقه قبل الحلف، لأنه يصدق بالحلف فيكون الصلح واقعاً عن دعوى صحيحة ويمين متوجهة، فيكون في حق المدعي عوضاً عن الضمان، وفي حق المودع بدلاً عن الخصومة، ووجه قولهما أن المدعي تناقض في دعواه لأن المودع وأمثاله أمين المالك، وقوله قول المؤتمن، فكان إخباره بالرد والهلاك اعترافاً من المالك بذلك، فكان المدعي متناقضاً في دعوى الاستهلاك، والتناقض يمنع صحة الدعوى إلا أنه يحلف لدفع الدعوى، لأنها مندفعة لبطلانها ولا لثبوت البراءة، لأنها ثابتة بقوله، ولهذا لو مات ولم يحلف تثبت براءته، ولم يحلف وارثه على العلم واليمين لنفي التهمة، وإذا لم تصح الدعوى لم يصح الصلح، لأن صحته بناء على صحتها، ووجه قول أبي يوسف في الرابع أن الضمان لا يجب إلا بدعوى المدعي، وقد انعدمت الدعوى، فلا يجب الضمان فلا يجوز الصلح لأن جوازه بناء على وجوب الضمان في زعم المدعي، ووجه قول محمد أن سكوت المدعي محتمل بين أن يكون مصدقاً لدعوى المودع أو مكذباً إلا أنه لما أقدم على الصلح ترجح التكذيب، لأنه لو ردها أو ضاعت عنده لما أقدم عليه، فيثبت التكذيب مقتضى إقدامه على الصلح اهـ. من «المنبع».

(2) **قال الرافعي**: قوله: (هذا هو الثاني في «الخانية») وهو ما إذا ادعى المودع الرد، لكن ما في «الخانية» أقرّ بها وفي هذه سكت عن الدعوى أصلاً.

(3) **قال الرافعي**: قوله: (وكذا في أحد شقي الثالث والرابع على الراجح) حقه على المرجوح.

بإقامة البينة، ولو برهن المدعي بعده على أصل الدعوى لم تقبل إلا في الوصيّ عن مال اليتيم على إنكار إذا صالح على بعضه ثم وجد البينة فإنها تقبل، ولو بلغ الصبي فأقامها تقبل، ولو طلب يمينه لا يحلف. أشباه **(وقيل لا)** جزم بالأول في الأشباه، وبالثاني في السراجية، وحكاهما في القنية مقدماً للأول **(طلب الصلح والإبراء عن الدعوى لا يكون إقراراً)**[1] بالدعوى عند المتقدمين وخالفهم المتأخرون والأول أصح. بزازية **(بخلاف طلب الصلح)** عن المال **(والإبراء عن المال)** فإنه إقرار. أشباه **(صالح عن عيب)** أو دين **(وظهر عدمه)** أو زال العيب **(بطل الصلح)** ويرد ما أخذه. أشباه أو درر.

والصواب: أن يقول بعد دعوى الرد أو الهلاك بإسقاط غير والتعبر بيعد وزيادة الرد فيدخل فيه الوجه الثالث بناء على المفتى به، والوجه الرابع بناء على قول أبي يوسف، وهو المعتمد لتقديم صاحب الخانية إياه كما هو عادته، وقوله: «لأنه لو ادعاه» أي: الهلاك شامل لما إذا ادعى المالك الاستهلاك، وهو أحد شقي الوجه الثالث، أو سكت وهو أحد شقي الرابع وعلمت ترجيح الجواز[2] فيهما، فقوله: «صح به يفتى» في غير محله، وقوله: «وصالحه قبل اليمين» هذا وارد على إطلاق المتن أيضاً، ورأيت عبارة الأشباه نحو ما استصوبته ونصها: الصلح عقد يرفع النزاع، ولا يصح مع المودع بعد دعوى الهلاك إذا لا نزاع. ثم رأيت عبارة متن المجمع مثل ما قلته ونصها: وأجاز صلح الأجير الخاص والمودع بعد دعوى الهلاك أو الرد ولله الحمد. قوله: **(بإقامة)** متعلق بالنزاع. قوله: **(بعده)** أي: الصلح. قوله: **(فإنها تقبل)** أفاد أنها لو موجودة عند الصلح وفيه غبن لا يصح الصلح، وبه صرح في البزازية. سائحاني. قوله: **(ولو طلب)** أي: الصبي بعد بلوغه. قوله: **(وقيل لا)** وجه بأن اليمين بدل المدعي فإذا حلفه فقد استوفى البدل. حموي عن القنية. قوله: **(في السراجية)** وكذا جزم به في البحر. قال الحموي: وما مشى عليه في الأشباه رواية محمد عن أبي حنيفة وما مشى عليه في البحر قولهما وهو الصحيح كما في معين المفتي اهـ قوله: **(للأول)** صوابه للثاني على ما نقله الحموي. قوله: **(والإبراء)** الواو هنا وفيما بعده بمعنى «أو» حموي. قوله: **(عن عيب)** أي: عيب كان لا خصوص البياض. وتمامه في المنح.

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: **(طلب الصلح والإبراء عن الدعوى لا يكون إقراراً)** لم يذكر ما لو طلب منه الصلح أو الإبراء ولم يذكر ما يدل أنه عن الدعوى أو المال، وفي السندي عن «الخلاصة» ما يدل على أن حكم الإطلاق حكم ما لو صرح بالمال، ونصه: ولو قال: أخرها عني أو صالحني، فإقرار اهـ.

(2) قال الرافعي: قوله: **(وعلمت ترجيح الجواز إلخ)** حقه ترجيح عدم الجواز إلخ.

فَصْلٌ فِي دَعْوَى الدَّيْنِ

(الصلح الواقع على بعض جنس ما له عليه) من دين أو غصب (أخذ لبعض حقه وحط لباقيه لا معاوضة للربا) وحينئذ (فصح الصلح بلا اشتراط قبض بدله عن ألف حالّ على مائة حالة أو على ألف مؤجل وعن ألف جياد على مائة زيوف، ولا يصح عن دراهم على دنانير مؤجلة) لعدم الجنس فكان صرفاً فلم يجز نسيئة (أو عن ألف مؤجل على نصفه حالاً) إلا في صلح المولى مكاتبه فيجوز. زيلعي (أو عن ألف سود على نصفه بيضاً) والأصل أن الإحسان إن وجد من الدائن فإسقاط، وإن منهما فمعاوضة (قال) لغريمه: (أدِّ إليّ خمسمائة غداً من ألف لي عليك على أنك بريء

فَصْل فِي دَعْوى الدَّيْنِ

قوله: (في دعوى الدين) الأولى في الصلح عن دعوى الدين. قال في المنح: لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين، لأن الخصوص أبداً يكون بعد العموم اهـ. قوله: (على بعض إلخ) قيد بالبعض فأفاد أنه لا يجوز على الأكثر، وأنه يشترط معرفة قدره، لكن قال في غاية البيان عن شرح الكافي: ولو كان لرجل على رجل دراهم لا يعرفان وزنها فصالحه منها على ثوب أو غيره فهو جائز، لأن جهالة المصالح عنه لا تمنع من صحة الصلح، وإن صالحه على دراهم فهو فاسد في القياس، لأنه يحتمل أن بدل الصلح أكثر منه، ولكني أستحسن أن أجيزه لأن الظاهر أنه كان أقل مما عليه، لأن مبنى الصلح على الحط والإغماض، فكان تقديرهما بدل الصلح بشيء دلالة ظاهرة على أنهما عرفاه أقل مما عليه وإن كان قدر ما عليه بنفسه[1] اهـ. قوله: (من دين) أي: بالبيع أو الإجارة أو القرض. قهستاني. قوله: (وحط لباقيه) فلو قال المدعي للمدعى عليه المنكر: صالحتك على مائة من ألف عليك كان أخذ المائة إبراء عن تسعمائة، وهذا قضاء لا ديانة، إلا إذا زاد أبرأتك قهستاني. وقدمناه مثله معزواً للخانية. قوله: (حالاً) لأنه اعتياض عن الأجل وهو حرام. قوله: (فيجوز) لأن معنى الإرفاق فيما بينهما أظهر من معنى المعاوضة، فلا يكون هذا مقابلة الأجل ببعض المال، ولكنه إرفاق من المولى بحط بعض المال ومساهلة من المكاتب فيما بقي قبل حلول الأجل ليتوصل إلى شرف الحرية. قوله: (فمعاوضة) أي: ويجري فيه حكمها فإن تحقق الربا أو شبهته فسدت، وإلا صحت ط. قال ط: بأن صالح على شيء هو أدون من حقه قدراً أو وصفاً أو وقتاً وإن منهما: أي: من الدائن والمدين بأن دخل في الصلح ما لا يستحقه الدائن[2] من وصف كالبيض بدل السود، أو ما

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وإن كان قدر ما عليه بنفسه) عبارة «التكملة» وإن كان لا يعرفان قدر ما عليه في نفسه اهـ، ولعل ألف التثنية من كان ساقطة.

(2) قال الرافعي: قوله: (بأن دخل في الصلح ما لا يستحقه الدائن إلخ) أنت خبير بأن إعطاء البيض عوضاً =

من) النصف (الباقي فقبل) وأدى فيه (بريء، وإن لم يؤدّ ذلك في الغد عاد دينه) كما كان لفوات التقييد بالشرط[1]، ووجوهها خمسة: أحدها: هذا. (و) الثاني (إن لم يوقت) بالغد (لم يعد) لأنه إبراء مطلق. (و) الثالث: و(كذا لو صالحه من دينه على نصفه يدفعه إليه غداً وهو بريء مما فضل على أنه إن لم يدفعه غداً فالكل عليه كان الأمر) كالوجه الأول (كما قال) لأنه صرح بالتقييد. والرابع: (فإن أبرأه عن نصفه على أن يعطيه ما بقي غداً فهو بريء أدى الباقي) في (الغد أو لا) لبداءته بالإبراء لا بالأداء. (و) الخامس: (لو علق بصريح الشرط كإن أديت إليّ) كذا (أو إذا أو متى لا يصح) الإبراء لما تقرر أن تعليقه بالشرط صريحاً باطل لأنه تمليك من وجه (وإن قال) المديون (لآخر سراً، لا أقرّ لك بمالك حتى تؤخره عني أو تحط) عني (ففعل) الدائن

هو في معنى الوصف كتعجيل المؤجل، أو عن جنس بخلاف جنسه اهـ. **قوله:** (لم يعد) أي: الدين مطلقاً أدى أو لم يؤد. **قوله:** (ما بقي غداً) لو قال: أبرأتك عن الخمسة على أن تدفع الخمسة حالة إن كانت العشرة حالة صح الإبراء، لأن أداء الخمسة يجب عليه حالاً فلا يكون هذا تعليق الإبراء بشرط تعجيل الخمسة، ولو مؤجلة بطل الإبراء إذا لم يعطه الخمسة. جامع الفصولين. كذا في الهامش. **قوله:** (بصريح الشرط) قال القهستاني: وفيه إشعار بأنه لو قدم الجزاء صح[2] في الظهيرية لو قال: حططت عنك النصف إن نقدت إلي نصفها فإنه حط عندهم وإن لم ينقده. سائحاني. **قوله:** (كإن أديت) الخطاب للغريم، ومثله الكفيل كما صرح به الإسبيجابي في شرح الكافي. وقاضيخان في شرح الجامع. قال في غاية البيان: وفيه نوع إشكال[3]، لأن إبراء الكفيل إسقاط محض ولهذا لا يرتد برده، فينبغي أن يصح تعليقه بالشرط، إلا أنه كإبراء الأصيل من حيث إنه لا يحلف به كما يحلف بالطلاق فيصح تعليقه بشرط متعارف لا غير المتعارف، ولذا قلنا: إذا كفل بمال عن رجل وكفل بنفسه أيضاً على أنه إن وافى بنفسه غداً

= عن السود وتعجيل المؤجل إحسان من المدين فقط، والكلام في الإحسان منهما إلا أن يقال: المراد ما إذا وجد مع هذا من الدائن إسقاط بعض الدين.

(1) **قال الرافعي:** قول الشارح: (لفوات التقييد بالشرط) أي: من حيث المعنى، فكأنه قيد البراءة من النصف بأداء خمسمائة في الغد، فإذا لم يؤد لا يبرأ لعدم تحقق الشرط اهـ. وانظر «الكفاية».

(2) **قال الرافعي:** قوله: (وفيه إشعار بأنه لو قدم الجزاء صح) هكذا عبارة القهستاني، ولا يظهر وجه لصحة الحط نقد أولاً، والصواب ما نقله السندي عن «الظهيرية» أنه لا يصح الحط نقد أو لم ينقد في هذه المسألة.

(3) **قال الرافعي:** قوله: (قال في «غاية البيان» وفيه نوع إشكال إلخ) يندفع بأن هذا الشرط غير متعارف، وأيضاً الإبراء متضمن للتمليك من جهة الأصيل.

التأخير أو الحط (صح) لأنه ليس بمكره عليه.

(ولو أعلن ما قاله سراً أخذ منه الكل للحال) ولو ادعى ألفاً وجحد فقال: أقرر لي بها على أن أحط منها مائة جاز، بخلاف على أن أعطيك مائة لأنها رشوة، ولو قال: إن أقررت لي حططت لك منها مائة فأقر صح الإقرار لا الحط. مجتبى **(الدين المشترك)** بسبب متحد كثمن مبيع بيع صفقة واحدة أو دين موروث أو قيمة مستهلك مشترك **(إذا قبض أحدهما شيئاً منه شاركه الآخر فيه)** إن شاء أو اتبع الغريم كما

فهو بريء عن الكفالة بالمال فوافى بنفسه بريء عن المال لأنه تعليق بشرط متعارف فصح اهـ. **قوله: (بمكره عليه)** لأنه لو شاء لم يفعل إلى أن يجد البينة أو يحلف الآخر فينكل عن اليمين، إتقاني. **قوله: (أخذ منه)** يفيد أن قول المدعى عليه: لا أقر لك بمالك إلخ إقرار، ولذا قال في غاية البيان: قالوا في شروح الجامع الصغير: وهذا إنما يكون في السر، أما إذا قال ذلك علانية يؤخذ بإقراره اهـ. **قوله: (الدين المشترك)** قيد بالدين، لأنه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح، وليس لشريكه أن يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه(1)، لأن المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين. زيلعي، فليحفظ فإنه كثير الوقوع. وفي الخانية: رجلان ادعيا أرضاً أو داراً في يد رجل وقالا: هي لنا ورثناها من أبينا فجحد الذي هي في يده فصالحه أحدهما عن حصته على مائة درهم فأراد الابن الآخر أن يشاركه في المائة لم يكن له أن يشاركه، لأن الصلح معاوضة في زعم المدعي فداء عن اليمين في زعم المدعى عليه فلم يكن معاوضة من كل وجه فلا يثبت للشريك حق الشركة بالشك، وعن أبي يوسف في رواية: لشريكه أن يشاركه في المائة اهـ. **قوله: (صفقة واحدة)** بأن كان لكل واحد منهما عين على حدة، أو كان لهما عين واحدة مشتركة بينهما وباعا الكل صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما زيلعي. واحترز بالصفقة الواحدة عن الصفقتين، حتى لو كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة درهم وباع الآخر نصيبه من ذلك الرجل بخمسمائة درهم وكتبا عليه صكاً واحداً بألف وقبض أحدهما منه شيئاً لم يكن للآخر أن يشاركه، لأنه لا شركة لهما في الدين، لأن كل دين وجب بسبب على حده. عزمية. وتمامه في المنح. **قوله: (موروث)** أو كان موصى به لهما أو بدل قرضهما. أبو السعود عن شيخه. **قوله: (أو اتبع الغريم)** فلو اختار اتباعه ثم توى نصيبه بأن مات الغريم مفلساً رجع على القابض بنصف ما قبض ولو من غيره. بحر. وراجع الزيلعي. ....

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (لكونه معاوضة من كل وجه إلخ)** أي: بخلاف الدين لكونه أخذ عين حق الآخر من وجه حتى كان للطالب أن يأخذ منه إذا ظفر به بغير إذن الغريم، ويجبر الغريم على القضاء ولا إجبار على المبادلة. سندي.

يأتي، وحينئذ (فلو صالح أحدهما عن نصيبه[1] على ثوب) أي: خلاف جنس الدين (أخذ الشريك الآخر نصفه إلا أن يضمن) له (ربع) أصل (الدين) فلا حق له في الثوب (ولو لم يصالح بل اشترى بنصفه شيئاً ضمنه) شريكه (الربع) لقبضه النصف بالمقاصة (أو اتبع غريمه) في جميع ما مرّ لبقاء حقه في ذمته.

(وإذا أبرأ أحد الشريكين الغريم عن نصيبه لا يرجع) لأنه إتلاف لا قبض (وكذا) الحكم (إن) كان للمديون على أحدهما دين قبل وجوب دينهما عليه حتى (وقعت المقاصة بدينه السابق) لأنه قاض لا قابض (ولو أبرأ) الشريك المديون (عن البعض قسم الباقي على سهامه)[2] ومثله المقاصة، ولو أجل نصيبه صح عند الثاني،

قوله: (أي: خلاف إلخ) لأنه لو صالح على جنسه يشاركه فيه أو يرجع على المدين وليس للقابض فيه خيار لأنه بمنزلة قبض بعض الدين. زيلعي. قوله: (نصفه) أي نصف الدين من غريمه أو أخذ نصف الثوب. منح. قوله: (إلا أن يضمن) أي: الشريك المصالح. قوله: (ربع أصل الدين) أفاد أن المصالح مخير إذا اختار شريكه اتباعه، فإن شاء دفع له حصته من المصالح عليه، وإن شاء ضمن له ربع الدين، ولا فرق بين كون الصلح عن إقرار أو غيره. قوله: (ما مر) أي: في مسألة القبض أو الصلح والشراء. قوله: (قبل وجوب إلخ) أما لو كان حادثاً حتى التقيا قصاصاً فهو كالقبض. بحر. قوله: (عليه) أي: على المديون. قوله: (المديون) بالنصب مفعول أبرأ. قوله: (قسم الباقي إلخ) حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهماً فأبرأه أحد الشريكين عن نصف نصيبه كان له المطالبة بالخمسة وللساكت المطالبة بالعشرة. كذا في الهامش. قوله: (على سهامه) أي: الباقية لا أصلها. سائحاني. قوله: (ومثله المقاصة) بأن كان للمديون على الشريك خمسة مثلاً قبل هذا الدين فإن القسمة على ما بقي بعد المقاصصة. قوله: (والغصب) أي: إذا غصب أحدهما من المديون شيئاً ثم أتلفه شاركه الآخر لأنه يملكه من وقت الغصب[3] عند أداء الضمان،

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (فلو صالح أحدهما عن نصيبه إلخ) قال الشرنبلالي: في التفريع تأمل لأن الأصل أي: المفرّع عليه أن يقبض من الدين شيئاً، وهذا صلح عنه ولم يظهر لي كون ما ذكره من التفريع جزئياً للأصل انتهى، وظهر لي صحة هذا التفريع بأن يراد بالقبض ما يشمل القبض الحكمي، فإنه بالصلح عن نصيبه على ثوب أو بالشراء به شيئاً صار قابضاً حقه بالمقاصة، فصار كقبضه نصف الدين حقيقة كما تفيده عبارة «الدرر» تأمل.

(2) قال الرافعي: قول المصنف: (ولو أبرأ عن البعض قسم الباقي على سهامه) عبارته في الشرح: ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي بينهما على ما بقي من السهام اهـ، وهي أساس.

(3) قال الرافعي: قوله: (لأنه يملكه من وقت الغصب إلخ) عبارة «الغاية»: لأنه وصل إليه عين مال متقوّم، وهو المغصوب لأنه يملكه من وقت الغصب عند أداء الضمان اهـ أي: وكانت المقاصة بمنزلة أداء الضمان تأمل.

والنصب والاستئجار بنصيبه قبض لا التزوّج والصلح عن جناية عمد، وحيلة اختصاصه بما قبض أن يهبه الغريم قدر دينه ثم يبرئه أو يبيعه به[1] كفاً من تمر مثلاً ثم يبرئه ملتقط وغيره. ومرت في الشركة. (**صالح أحد ربي السلم عن نصيبه على ما دفع من رأس المال، فإن أجازه الشريك**) الآخر (**نفذ عليهما، وإن رده رد**) لأن فيه قسمة الدين قبل قبضه وأنه باطل. نعم: لو كانا شريكي مفاوضة جاز مطلقاً. بحر.

فَصْلٌ فِي التَّخَارُجِ

(**أخرجت الورثة أحدهم عن**) التركة وهي (**عرض أو**) هي (**عقار بمال**) أعطوه له (**أو**) أخرجوه (**عن**) تركة هي (**ذهب بفضة**) دفعوها له (**أو**) على العكس أو عن

وكذا لو استأجر أحدهما منه داراً بحصته سنة وسكنها، وكذا خدمة العبد وزراعة الأرض، وكذا لو استأجر بأجر مطلق. وروى ابن سماعة عن محمد: لو استأجر بحصته لم يشاركه الآخر وجعله كالنكاح، وتمامه في شرح الهداية. قوله: (**لا التزوج**) أي: تزوّج المديونة على نصيبه فإنه إتلاف في ظاهر الرواية بخلاف ما إذا تزوجها على دراهم لأنها صارت قصاصاً وهو كالاستيفاء. إتقاني. قوله: (**جناية عمد**) أي: لو جنى أحدهما عليه جناية عمد فيما دون النفس أرشها مثل دين الجاني فصالحه على نصيبه، وكذا لو فيها قصاص. اتقاني. قوله: (**يبرئه**) أي: الشريك الغريم. قوله: (**عن نصيبه**) أي: من المسلم فيه. قوله: (**من رأس المال**) بأن أراد أن يأخذ رأس ماله ويفسخ عقد الشركة. إتقاني. فالصلح مجاز عن الفسخ. عزمية. قوله: (**عليهما**) والمقبوض بينهما وكذا ما بقي من المسلم فيه. درر البحار. قوله: (**رد**) وبقي السلم كما كان.

فَصْلٌ فِي التَّخَارُجِ

قوله: (**أخرجت إلخ**) أوصى لرجل بثلث ماله ومات الموصي فصالح الوارث الموصى له من الثلث بالسدس جاز الصلح[2]. وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده أن حق الموصى له وحق الوارث قبل القسمة غير متأكد يحتمل السقوط بالإسقاط اهـ.

فقد علم أن حق الغانم قبل القسمة وحق حبس الرهن وحق المسيل المجرد وحق الموصى له بالسكنى وحق الموصى له بالثلث قبل القسمة وحق الوارث قبل القسمة يسقط بالإسقاط. وتمامه في الأشباه فيما يقبل الإسقاط وما لا. كذا في الهامش.

---

(1) **قال الرافعي**: قول الشارح: (**أو يبيعه به إلخ**) البائع أحد الشريكين للمديون، وقوله: كفاً من تمر يعني بقدر دينه.

(2) **قال الرافعي**: قوله: (**جاز الصلح**) هذا غير المشهور في كتب المذهب، وإن عزاه في «الأشباه» «للإسعاف».

نقدين بهما (صح) في الكل صرفاً للجنس بخلاف جنسه (قل) ما أعطوه (أو كثر) لكن بشرط التقابض فيما هو صرف (وفي) إخراجه عن (نقدين) وغيرهما بأحد النقدين لا يصح (إلا أن يكون ما أعطى له أكثر من حصته من ذلك الجنس) تحرّزاً عن الربا، ولا بد من حضور النقدين عند الصلح وعلمه بقدر نصيبه. شرنبلالية وجلالية. ولو بعرض جاز مطلقاً لعدم الربا، وكذا لو أنكروا إرثه لأنه حينئذ ليس ببدل بل لقطع المنازعة (وبطل الصلح إن أخرج أحد الورثة وفي التركة ديون ....

قوله: (صرفاً للجنس) علة للأخير[1]. قوله: (لكن بشرط) قال في البحر: ولا يشترط في صلح أحد الورثة المتقدم أن تكون أعيان التركة معلومة، لكن إن وقع الصلح عن أحد النقدين بالآخر يعتبر التقابض في المجلس، غير أن الذي في يده بقية التركة إن كان جاحداً يكتفي بذلك القبض لأنه قبض حال فينوب عن قبض الصلح، وإن كان مقراً غير مانع يشترط تجديد القبض اهـ. قوله: (أكثر من حصته) فإن لم يعلم قدر نصيبه من ذلك الجنس، فالصحيح أن الشك إن كان في وجود ذلك في التركة جاز الصلح، وإن علم وجود ذلك في التركة لكن لايدري أن بدل الصلح من حصتها أقل أو أكثر أو مثله فسد. بحر عن الخانية. قوله: (وكذا لو أنكروا إرثه) أي: فإنه يجوز مطلقاً. قال في الشرنبلالية: وقال الحاكم الشهيد[2]: إنما يبطل على أقل من نصيبه في مال الربا حالة التصادق، وأما في حالة التناكر بأن أنكروا وراثته فيجوز. وجه ذلك: أن في حالة التكاذب ما يأخذه لا يكون بدلاً[3] في حق الآخذ ولا في حق الدافع، هكذا ذكر المرغيناني، ولا بد من التقابض فيما يقابل الذهب والفضة منه لكونه صرفاً ولو كان بدل الصلح عرضاً في الصور كلها جاز مطلقاً، وإن قل ولم يقبض في المجلس اهـ. قوله: (ديون) أي: على الناس بقرينة ما يأتي وكذا لو كان الدين على الميت. قال في البزازية: وذكر شمس الإسلام أن التخارج لا يصح

(1) قال الرافعي: قوله: (علة للأخير) يصح جعله أيضاً علة للمسألتين قبل الأخير، وذلك لأن فيها صرفاً للجنس بخلاف الجنس ويدل لذلك التعبير بالباء التي للمقابلة، والمراد بالصرف المصطلح عليه.

(2) قال الرافعي: قوله: (قال في «الشرنبلالية»: وقال الحاكم الشهيد إلخ) ما مشى عليه في «الشرنبلالية» خلاف الصحيح، والصحيح أنه لا بد من كون حصته أكثر من ذلك في حال التناكر أيضاً، لأنه معاوضة في حق المدعي لا لقطع المنازعة، كما في جانب المدعى عليه صرح بذلك الاسبيجابي، وصححه كما في «غاية البيان» كما أوضح ذلك عبد الخليم فانظره.

(3) قال الرافعي: قوله: (ما يأخذه لا يكون بدلاً إلخ) هذا ظاهر في حق الدافع، ووجهه في حق الآخذ أنه بالجحود صار حقه مستهلكاً حكماً، وصار مضموناً عليهم من قبيل الدين، فصلحه حينئذ أخذ لبعض وإسقاط للباقي لكن إن وجد بينة قضى له بها لظهور عدم الاستهلاك، كما تقدم نظير ذلك عن الحموي في مسألة الصلح عن المغصوب المجحود على بعضه.

بشرط أن تكون الديون لبقيتهم) لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل. ثم ذكر لصحته حيلاً فقال: **(وصح لو شرطوا إبراء الغرماء منه)** أي: من حصته لأنه تمليك الدين ممن عليه فيسقط قدر نصيبه عن الغرماء **(أو قضوا نصيب المصالح منه)** أي: الدين **(تبرّعاً)** منهم **(وأحالهم بحصته أو أقرضوه قدر حصته منه وصالحوه عن غيره)** بما يصلح بدلاً **(وأحالهم بالقرض على الغرماء)** وقبلوا الحوالة، وهذه أحسن الحيل. ابن كمال. والأوجه أن يبيعوه كفاً من تمر أو نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء. ابن ملك **(وفي صحة صلح عن تركة مجهولة)** أعيانها ولا دين فيها **(على مكيل أو موزون)** متعلق بصلح **(اختلاف)** والصحيح الصحة. زيلعي. لعدم اعتبار شبهة الشبهة. **وقال ابن الكمال:** إن في التركة جنس بدل الصلح لم يجز وإلا جاز، وإن لم يدر فعلى الاختلاف **(ولو)** التركة **(مجهولة وهي غير مكيل أو موزون في يد البقية)** من الورثة **(صح في الأصح)** لأنها لا تفضي إلى المنازعة لقيامها في

إذا كان على الميت دين: أي: يطلبه ربّ الدين، لأن حكم الشرع أن يكون الدين على جميع الورثة اهـ. **قوله: (بشرط)** متعلق بأخرج. **قوله: (لأن تمليك الدين)** وهو هنا حصة المصالح. **قوله: (من عليه الدين)** وهم الورثة هنا. **قوله: (باطل)** ثم يتعدى البطلان إلى الكل، لأن الصفقة واحدة سواء بين حصة الدين أو لم يبين عند أبي حنيفة وينبغي أن يجوز عندهما في غير الدين إذا بين حصته. ابن ملك. **قوله: (إبراء الغرماء)** أي: إبراء المصالح الغرماء. **قوله: (وأحالهم)** لا محل لهذه الجملة هنا، وهي موجودة في شرح الوقاية لابن ملك وفي بعض النسخ أو أحالهم. **قوله: (عن غيره)** أي: عما سوى الدين. **قوله: (أحسن الحيل)** لأن في الأولى ضرراً للورثة، حيث لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح، وكذا في الثانية لأن النقد خير من النسيئة. إتقاني. **قوله: (والأوجه)** لأن في الأخيرة لا يخلو عن ضرر[1] التقديم في وصول مال. ابن ملك. **قوله: (شبهة الشبهة)** لأنه يحتمل أن لا يكون في التركة من جنسه ويحتمل أن يكون، وإذا كان فيها يحتمل أن يكون الذي وقع عليه الصلح أكثر، وإن احتمل أن يكون، وإذا كان فيها يحتمل أن يكون الذي وقع فيه الصلح أكثر، وإن احتمل أن يكون مثله أو دونه وهو احتمال الاحتمال، فنزل إلى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة. **قوله: (بدل)** بالبناء للمفعول. **قوله: (أو موزون)** أي: ولا دين فيها ووقع الصلح على مكيل وموزون. إتقاني. **قوله: (في الأصح)** وقيل لا يجوز لأنه بيع المجهول، لأن المصالح باع نصيبه من التركة وهو مجهول بما أخذ من المكيل والموزون. إتقاني.

(1) قال الرافعي: قوله: (لأن في الأخيرة لا يخلو عن ضرر إلخ) عبارة ابن ملك، لأن ما اختاره أي: صاحب «الهداية» لا يخلو إلخ.

يدهم حتى لو كانت في يد المصالح أو بعضها لم يجز ما لم يعلم جميع ما في يده للحاجة إلى التسليم. ابن ملك **(وبطل الصلح والقسمة مع إحاطة الدين بالتركة)** إلا أن يضمن الوارث الدين بلا رجوع، أو يضمن أجنبي بشرط براءة الميت أو يوفى من مال آخر **(ولا)** ينبغي أن **(يصالح)** ولا يقسم **(قبل القضاء)** بالدين **(في غير دين محيط ولو فعل)** الصلح والقسمة **(صح)** لأن التركة لا تخلو عن قليل دين فلو وقف الكل تضرر الورثة فيوقف قدر الدين استحساناً وقاية لئلا يحتاجوا إلى نقض القسمة. بحر.

(ولو أخرجوا واحداً) من الورثة **(فحصته تقسم بين الباقي على السواء إن كان**

خاتمة: التهايؤ: أي: تناوب الشريكين في دابتين غلة أو ركوباً مختص جوازه بالصلح عند أبي حنيفة لا الجبر، وجائز في دابة غلة أو ركوباً بالصلح فاسد في غلتي عبدين عنده ولو جبراً. درر البحار وفي شرحه غرر الأفكار.

ثم اعلم أن التهايؤ جبراً في غلة عبد أو دابة لا يجوز اتفاقاً للتفاوت، وفي خدمة عبد أو عبدين جاز اتفاقاً لعدم التفاوت ظاهراً ولقلته، وفي غلة دار أو دارين أو سكنى دار أو دارين جاز اتفاقاً لإمكان المعادلة، لأن التغير لا يميل إلى العقار ظاهراً، وأن التهايؤ صلحاً جائز في جميع الصور، كما جوّز أبو حنيفة أيضاً قسمة الرقيق صلحاً اهـ. **قوله: (أو يوفى)** بالبناء للمفعول بضم ففتح فتشديد. **قوله: (لئلا إلخ)** قال العلامة المقدسي: فلو هلك المعزول لا بد من نقض القسمة ط. **قوله: (على السواء)** أفاد أن أحد الورثة إذا صالح البعض دون الباقي يصح وتكون حصته له فقط، كذا لو صالح الموصى له كما في الأنقروي. سائحاني.

مسألة: في رجل مات عن زوجة وبنت وثلاثة أبناء عم عصبة وخلف تركه اقتسموها بينهم، ثم ادعت الورثة على الزوجة بأن الدار التي في يدها ملك مورثهم المتوفى فأنكرت دعواهم، فدفعت لهم قدراً من الدراهم صلحاً عن إنكار، فهل يوزّع بدل الصلح عليهم على قدر مواريثهم، أو على قدر رؤوسهم؟ الجواب: **قال في البحر**: وحكمه في جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعي، سواء كان المدعى عليه مقراً أو منكراً، وفي المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه اهـ. ومثله في المنح. وفي مجموع النوازل: سئل عن الصلح على الإنكار بعد دعوى فاسدة هل يصح؟ **قال**: لا لأن تصحيح الصلح عن الإنكار من جانب المدعي أن يجعل ما أخذ عين حقه أو عوضاً عنه لا بد أن يكون ثابتاً في حقه ليمكن تصحيح الصلح من الذخيرة، فمقتضى قوله: وقوع الملك فيه للمدعي، وقوله: أن يجعل عين حقه أو عوضاً عنه أن يكون على قدر مواريثهم مجموعة منلا علي.

ما أعطوه من مالهم غير الميراث، وإن كان) المعطى **(مما ورثوه فعلى قدر ميراثهم)** يقسم بينهم، وقيده الخصاف بكونه عن إنكار. فلو عن إقرار فعلى السواء، وصلح أحدهم عن بعض الأعيان صحيح، ولو لم يذكر في صك التخارج أن في التركة ديناً أم لا فالصك صحيح، وكذا لو لم يذكره في الفتوى فيفتي بالصحة ويحمل على وجود شرائطها. مجمع الفتاوى **(والموصى له)** بمبلغ من التركة **(كوارث فيما قدمناه)** من مسألة التخارج.

(صالحوا) أي: الورثة **(أحدهم)** وخرج من بينهم **(ثم ظهر للميت دين أو عين**

قوله: (من مالهم) أي: وقد استووا فيه ولا يظهر عند التفاوت[1] ط. **قوله: (فعلى قدر ميراثهم)** وسيأتي آخر كتاب الفرائض بيان قسمة التركة بينهم حينئذ.

تتمة: ادعى مالاً أو غيره فاشترى رجل ذلك من المدعي يجوز الشراء ويقوم مقام المدعي في الدعوى، فإن استحق شيئاً من ذلك كان له، وإلا فلا، فإن جحد المطلوب ولا بينة فله أن يرجع على المدعي. بحر. وتأمل في وجهه[2]، ففي البزازية من أول كتاب الهبة: وبيع الدين لا يجوز، ولو باعه من المديون أو وهبه جاز. **قوله: (صالحوا إلخ)** أقول: قال في البزازية في الفصل السادس من الصلح: ولو ظهر في التركة عين بعد التخارج لا رواية في أنه هل يدخل تحت الصلح أم لا؟ ولقائل أن يقول: يدخل، ولقائل أن يقول: لا اهـ. ثم قال بعد نحو ورقتين. قال تاج الإسلام وبخط صدر الإسلام وجدته: صالح أحد الورثة وأبرأ إبراء عاماً، ثم ظهر في التركة شيء لم يكن وقت الصلح لا رواية في جواز الدعوى، ولقائل أن يقول: بجواز دعوى حصته منه، وهو الأصح، ولقائل أن يقول: لا، وفي المحيط: لو أبرأ أحد الورثة الباقي ثم ادعى التركة وأنكر وإلا تسمع دعواه، وإن أقروا بالتركة أمروا بالرد عليه اهـ كلام البزازية. ثم قال بعد أسطر: صالحت: أي: الزوجة عن الثمن ثم ظهر دين أو عين لم يكن معلوماً للورثة، قيل لا يكون داخلاً في الصلح ويقسم بين الورثة، لأنهم إذا لم يعلموا كان صلحهم عن المعلوم الظاهر عندهم لا عن المجهول، فيكون كالمستثنى من الصلح فلا يبطل الصلح. وقيل يكون داخلاً في الصلح لأنه وقع عن التركة والتركة اسم للكل، فإذا ظهر دين فسد الصلح ويجعل كأنه كان ظاهراً عند الصلح اهـ.

والحاصل: من مجموع كلامه المذكور أنه لو ظهر بعد الصلح في التركة عين هل تدخل في الصلح فلا تسمع الدعوى بها، أم لا تدخل فتسمع الدعوى؟ قولان. وكذا لو صدر بعد الصلح

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (ولا يظهر عند التفاوت)** بل هو ظاهر عند التفاوت أيضاً غاية ما فيه أن أحدهم تبرع بزيادة عما عليه.

(2) **قال الرافعي: قوله: (وتأمل في وجهه إلخ)** إذا حمل المال في عبارة «البحر» على العين لا تنافي عبارة «البزازية»، وأصل الأولى في «المجتبى».

لم يعلموها هل يكون ذلك داخلاً في الصلح) المذكور؟ (قولان: أشهرهما لا) بل بين الكل، والقولان حكاهما في الخانية مقدماً لعدم الدخول، وقد ذكر في أول فتاواه أنه يقدم ما هو الأشهر فكان هو المعتمد. كذا في البحر.

قلت: وفي البزازية أنه الأصح ولا يبطل الصلح. وفي الوهبانية:

وَفِي مَالِ طِفْلٍ بِالشُّهُودِ فَلَمْ يَجُزْ ... وَمَا يَدَّعِي خَصْمٌ وَلاَ يَتَنَوَّرُ

وَصَحَّ عَلَى الإِبْرَاءِ مِنْ كُلِّ غَائِبٍ ... وَلَوْ زَالَ عَيْبٌ عَنْهُ صَالَحَ يهدَرُ

وَمَنْ قَالَ: إِنْ تَحْلِفْ فَتَبْرَأْ فَلَمْ يَجُزْ ... .

إبراء عام ثم ظهر للمصالح عين هل تسمع دعواه؟ فيه قولان أيضاً. والأصح السماع بناء على القول بعدم دخولها تحت الصلح، فيكون هذا تصحيحاً للقول بعدم الدخول، وهذا إذا اعترف بقية الورثة بأن العين من التركة وإلا فلا تسمع دعواه بعد الإبراء، كما أفاده ما نقله عن المحيط، وإنما قيد بالعين لأنه لو ظهر بعد الصلح في التركة دين فعلى القول بعدم دخوله في الصلح يصح الصلح ويقسم الدين بين الكل، وأما على القول بالدخول فالصلح فاسد، كما لو كان الدين ظاهراً وقت الصلح، إلا أن يكون مخرجاً من الصلح بأن وقع التصريح بالصلح عن غير الدين من أعيان التركة؛ وهذا أيضاً ذكره في البزازية حيث قال: ثم ماظهر بعد التخارج على قول من قال: إنه لايدخل تحت الصلح لا خفاء، ومن قال: يدخل تحته فكذلك إن كان عيناً لا يوجب فساده وإن ديناً إن مخرجاً من الصلح لا يفسد، وإلا يفسد اهـ. **قوله: (بل بين الكل)** أي: بل يكون الذي ظهر بين الكل. **قوله: (قلت إلخ)** قلت: وفي الثامن والعشرين من الفصولين أنه الأشبه: أي: لو ظهر عين لا دين[1]. **قوله: (ولا يبطل الصلح)** أي: لو ظهر في التركة عين. أما لو ظهر فيها دين فقد **قال في البزازية**: إن كان مخرجاً من الصلح لا يفسد، وإلا يفسد اهـ: أي: إن كان الصلح وقع على غير الدين لا يفسد، وإن وقع على جميع التركة فسد، كما لو كان الدين ظاهراً وقت الصلح. **قوله: (وفي مال طفل)** أي: إذا كان لطفل مال بشهود لم يجز الصلح فيه وما يدعي: أي: ولا يجوز فيما يدعي خصم من المال على الطفل، ولا يتنور ببينة له بما ادعاه، ومفهومه أنه يجوز الصلح حيث لا بينة للطفل وحيث كانت للخصم بينة. ابن الشحنة، كذا في الهامش. **قوله: (وصح على الإبراء إلخ)** فلو صالح من العيب ثم زال العيب بأن كان بياضاً في عين عبد فانجلى بطل الصلح ويرد ما أخذ، لأن المعوض عنه هو صفة السلامة وقد عادت، فيعود العوض فيبطل الصلح ابن الشحنة شرح الوهبانية. كذا في الهامش. **قوله: (ومن قال إلخ)** أي: إن اصطلحا على

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (أي: لو ظهر عين لا دين)** فيه أنه لا فرق بين الدين والعين.

.... وَلَـوْ مُـدَّعٍ كَـالأَجْـنَـبِـيِّ يُـصَـوَّرُ

أن يحلف المدعى عليه، وإن حلف برىء فحلف المدعى عليه ما له قبله قليل ولا كثير فالصلح باطل، ويكون المدعي على دعواه إن أقام البينة قبلت، وإن لم يكن له بينة وأراد أن يستحلفه عند القاضي كان له ذلك، وإن اصطلحا على أن يحلف المدعي على دعواه على أنه إن حلف فالمدعى عليه يكون ضامناً لما يدعيه فهذا الصلح باطل. ابن الشحنة. كذا في الهامش. قوله: (ولو مدع) «لو» وصلية[1]. كذا في الهامش.

(1) قال الرافعي: قوله: (لو وصلية) لا يظهر جعلها وصلية بل هي شرطية مقدر لها جواب يناسب، فإنها مسألة أخرى.

٢٨ ــ كِتَابُ المُضَارَبَةِ

(هي) لغة: مفاعلة من الضرب في الأرض وهو السير فيها. وشرعاً: (عقد شركة في الربح بمال من جانب) رب المال (وعمل من جانب) المضارب.

(وركنها: الإيجاب والقبول. وحكمها): أنواع لأنها (إيداع ابتداء)[1] ومن

كِتَابُ المُضَارَبَةِ

قوله: (من جانب المضارب) قيد به لأنه لو اشترط رب المال أن يعمل مع المضارب فسدت، كما سيصرح به المصنف في باب المضارب يضارب، وكذا تفسد لو أخذ المال من المضارب بلا أمره وباع واشترى به، إلا إذا صار المال عروضاً فلا تفسد لو أخذه من المضارب كما سيأتي في فصل المتفرقات. قوله: (إيداع ابتداء) قال الخير الرملي: سيأتي أن المضارب يملك الإيداع في المطلقة مع ما تقرّر أن المودع لا يودع، فالمراد في حكم عدم الضمان بالهلاك وفي أحكام مخصوصة لا في كل حكم، فتأمل. قوله: (ومن حيل إلخ) ولو أراد ربّ المال أن يضمن المضارب بالهلاك يقرض المال منه، ثم يأخذه منه مضاربة ثم يبضع المضارب[2] كما في الواقعات. قهستاني. وذكر هذه الحيلة الزيلعي أيضاً، وذكر قبلها ما ذكره الشارح، وفيه نظر لأنها تكون شركة عنان شرط فيها العمل[3] على الأكثر مالاً وهو لا يجوز، بخلاف العكس فإنه يجوز،

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (إيداع ابتداء) أي: فقط فلا ينافي أنها كذلك بقاء، والمراد بالإيداع الأمانة، ويدل عليه قول «الكنز» والمضارب أمين وبالتصرف إلخ لا حقيقة الإيداع، وقال عبد الحليم: عدّ الأنواع المذكورة أحكامها بناء على أن حكم الشيء ما يثبت به ويبتنى عليه، ولا خفاء في أنه يراعى ذلك في كل حكم منها في وقته، فلا يرد عليه أن معنى الإجارة والغصب مناقض لعقد المضاربة مناف لصحتها، فكيف يجعل حكماً من أحكامها اهـ.

(2) قال الرافعي: قوله: (ثم يبضع المضارب) أراد به الاستعانة، فيكون ما اشتراه وما باعه للمضاربة لا ما هو المتعارف كما يأتي.

(3) قال الرافعي: قوله: (وفيه نظر لأنها تكون شركة عنان شرط فيها العمل إلخ) فيه أنه ليس في عبارة الزيلعي ما يفيد اشتراط العمل على أكثرهما مالاً حتى يرد عليه هذا التنظير، وعبارته: وإذا أراد أن =

حيل الضمان أن يقرضه المال إلا درهماً ثم يعقد شركة عنان بالدرهم وبما أقرضه على أن يعملا والربح بينهما ثم يعمل المستقرض فقط فإن هلك فالقرض عليه (وتوكيل مع العمل)[1] لتصرفه بأمره (وشركة إن ربح وغصب إن خالف وإن أجاز) رب المال (بعده)[2] لصيرورته غاصباً بالمخالفة (وإجارة فاسدة إن فسدت فلا ربح) للمضارب (حينئذ بل له أجر) مثل (عمله مطلقاً) ربح أو لا ....

كما ذكره في الظهيرية في كتاب الشركة عن الأصل للإمام محمد. تأمل. وكذا في شركة البزازية حيث قال: وإن لأحدهما ألف ولآخر ألفان واشتركا واشترطا العمل على صاحب الألف والربح أنصافاً جاز، وكذا لو شرطا الربح والوضيعة على قدر المال والعمل من أحدهما بعينه جاز، ولو شرطا العمل على صاحب الألفين والربح نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما أثلاثاً، لأن ذا الألف شرط لنفسه بعض ربح مال الآخر بغير عمل ولا مال، والربح إنما يستحق بالمال أو بالعمل أو بالضمان اهـ ملخصاً. لكن في مسألة الشارح شرط العمل على كل منهما لا على صاحب الأكثر فقط.

والحاصل: أن المفهوم من كلامهم أن الأصل في الربح أن يكون على قدر المال، إلا إذا كان لأحدهما عمل فيصح أن يكون ربحاً بمقابلة عمله، وكذا لو كان العمل منهما يصح التفاوت أيضاً. تأمل. قوله: (وتوكيل مع العمل) فيرجع بما لحقه من العهدة على رب المال. درر. قوله: (بالمخالفة) فالربح للمضارب لكنه غير طيب عند الطرفين. در منتقى. قوله: (مطلقاً) هو ظاهر الرواية. قهستاني. قوله: (ربح أو لا) وعن أبي يوسف إذا لم يربح لا أجر له، وهو الصحيح لئلا

= يجعله عليه مضموناً أقرضه رأس المال كله ويشهد عليه ويسلمه إليه، ثم يأخذه منه مضاربة، ثم يدفعه إلى المستقرض يستعين به في العمل، فإذا ربح وعمل كان الربح بينهما على الشرط، وأخذ رأس المال على أنه بدل القرض، وإن لم يربح أخذ رأس المال بالقرض، وإن هلك هلك على المستقرض وهو العامل، أو أقرضه كله إلا درهماً منه وسلّمه إليه وعقدا شركة العنان، ثم يدفع إليه الدرهم ويعمل فيه المستقرض، فإن ربح كان الربح بينهما على ما شرطا، وإن هلك هلك عليه اهـ، فأنت تراه لم يشترط العمل على أكثرهما مالاً الذي هو المستقرض، والذي لا يجوز إنما هو اشتراط العمل على الأكثر مالاً، والربح مناصفة، وانظر ما قدمه في الشركة.

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (وتوكيل مع العمل) فيه أن التوكيل متحقق قبل العمل أيضاً.

(2) قال الرافعي: قول المصنف: (وغصب إن خالف وإن أجاز بعده) صوّره في «الدرر» بما إذا اشترى ما نهى عنه، ثم باعه وتصرف فيه ثم أجاز رب المال لم يجز اهـ، وعدم صحة الإجازة ظاهر في هذه الصورة لا في صورة ما إذا أمره بالبيع نقداً، فباع نسيئة فأجاز رب المال لأن البيع تلحقه الإجازة لا الشراء لوجود النفاذ على المباشر قبلها تأمل، ثم رأيت ذلك في «التكملة» عند قول المصنف فيما يأتي: فإن فعل ضمن بالمخالفة، ونصه: لو باع مال المضاربة مخالفاً لرب المال كان بيعه موقوفاً على إجازته، كما هو حكم عقد الفضولي اهـ.

(بلا زيادة على المشروط) خلافاً لمحمد والثلاثة (إلا في وصيّ أخذ مال يتيم مضاربة فاسدة) كشرطه لنفسه عشرة دراهم (فلا شيء له) في مال اليتيم (إذا عمل) أشباه. فهو

تربو الفاسدة على الصحيحة. سائحاني. ومثله في حاشية ط عن العيني. قوله: (على المشروط) قال في الملتقى: ولا يزاد على ما شرط له. كذا في الهامش: أي: فيما إذا ربح، وإلا فلا تتحقق الزيادة فلم يكن الفساد بسبب[1] تسمية دراهم معينة للعامل. تأمل. قوله: (خلافاً لمحمد) فيه إشعار بأن الخلاف فيما إذا ربح، وأما إذا لم يربح فأجر المثل بالغاً ما بلغ، لأنه لا يمكن تقدير بنصف الربح المعدوم كما في الفصولين، لكن في الواقعات ما قاله أبو يوسف[2] مخصوص بما إذا ربح، وما قاله محمد: إن له أجر المثل بالغاً ما بلغ فيما هو أعم. قهستاني. قوله: (والثلاثة) فعنده له أجر مثل عمله بالغاً ما بلغ إذا ربح. در منتقى. كذا في الهامش.

سئل فيما إذا دفع زيد لعمرو بضاعة على سبيل المضاربة وقال لعمرو: بعها ومهما ربحت يكون بيننا مثالثة، فباعها وخسر فيها فالمضاربة غير صحيحة ولعمرو أجر مثله بلا زيادة على المشروط. حامدية.

رجل دفع لآخر أمتعة وقال: بعها واشترها وما ربحت فبيننا نصفين فخسر فلا خسران على العامل، وإذا طالبه صاحب الأمتعة بذلك فتصالحا على أن يعطيه العامل إياه لا يلزمه، ولو كفله إنسان ببدل الصلح لا يصح ولو عمل هذا العامل في هذا المال فهو بينهما على الشرط، لأن ابتداء هذا ليس بمضاربة بل هو توكيل ببيع الأمتعة، ثم إذا صار الثمن من النقود فهو دفع مضاربة بعد ذلك فلم يضمن أولاً، لأنه أمين بحق الوكالة ثم صار مضارباً فاستحق المشروط. جواهر الفتاوى. قوله: (وصي إلخ) ظاهره أن للوصي أن يضارب في مال اليتيم بجزء من الربح، وكلام الزيلعي فيه أظهر، وأفاد الزيلعي أيضاً أن للوصي دفع المال إلى من يعمل فيه مضاربة بطريق النيابة عن اليتيم كأبيه أبو السعود. قوله: (إذا عمل) لأن حاصل هذا أن الوصي يؤجر نفسه لليتيم وأنه لا يجوز. ....

---

(1) قال الرافعي: قوله: (فلم يكن الفساد بسبب إلخ) نسخة الخط ما لم يكن الفساد إلخ وهي واضحة، قال المقدسي: ونقله عنه الحموي عند قول «الكنز» فإن شرط لأحدهما زيادة عشرة فله أجر مثله لا يجاوز القدر المشروط أي: الذي شرطه له لرضاه به، أقول: هذا ظاهر إذا كان المسمى معلوماً، أما في مثل هذه المسألة فهو مجهول لو لم يوجد ربح، ولا يقال: إنه رضي بالخمسة الزائدة، لأنه لم يرض بها إلا مع نصف الربح وهو معدوم، فالمسمى غير معلوم فيجب أجر المثل بالغاً ما بلغ، وقد يجاب بأن هذا العقد لما كان فاسداً كان ما سمى فيه محظوراً، فقطع النظر عما هو موجب المضاربة، وعوّل على ما عين معه على أنه أجر مثل في إجارة لا موجب مضاربة، ولهذا قالوا: هذه إجارة في صورة مضاربة اهـ.

(2) قال الرافعي: قوله: (لكن في «الواقعات» ما قاله أبو يوسف إلخ) ما بعد الاستدراك موافق لما قبله، فلا وجه له تأمل، ثم رأيته في السندي نقلاً عن شرح نظم «الكنز».

استثناء من أجر عمله (و) الفاسدة (لا ضمان فيها) أيضاً (كصحيحة) لأنه أمين (ودفع المال إلى آخر مع شرط الربح) كله (للمالك بضاعة) فيكون وكيلاً متبرّعاً (ومع شرطه للعامل قرض) لقلة ضرره.

(وشرطها) أمور سبعة (كون رأس المال من الأثمان) كما مر في الشركة وهو معلوم للعاقدين وكفت فيه الإشارة والقولَ في قدره وصفته للمضارب بيمينه والبينة للمالك.

وأما المضاربة بدين فإن على المضارب لم يجز، وإن على ثالث ....

قوله: (لقلة ضرره) أي: ضرر القرض بالنسبة إلى الهبة فجعل قرضاً ولم يجعل هبة. ذكره الزيلعي. قوله: (من الأثمان) أي: الدراهم والدنانير، فلو من العروض فباعها[1] فصارت نقوداً انقلبت مضاربة واستحق المشروط كما في الجواهر. قوله: (وهو معلوم للعاقدين) ولو متاعاً لما في التاترخانية، وإذا دفع ألف درهم إلى رجل وقال: نصفها معك مضاربة بالنصف صح، وهذه المسألة نص على أن قرض المشاع جائز ولا يوجد لهذا رواية إلا هاهنا، وإذا جاز هذا العقد كان لكل نصف حكم نفسه، وإن قال على أن نصفها قرض وعلى أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن الربح كله لي جاز، ويكره لأنه قرض جر منفعة، وإن قال: على أن نصفها قرض عليك ونصفها مضاربة بالنصف فهو جائز، ولم يذكر الكراهية هنا. فمن المشايخ من قال: سكوت محمد عنها هنا دليل على أنها تنزيهية. وفي الخانية قال: على أن تعمل بالنصف الآخر على أن الربح لي جاز ولا يكره، فإن ربح كان بينهما على السواء والوضيعة عليهما لأن النصف ملكه بالقرض والآخر بضاعة في يده، وفي التجريد يكره ذلك، وفي المحيط: ولو قال: على أن نصفها مضاربة بالنصف ونصفها هبة لك وقبضها غير مقسومة فالهبة فاسدة والمضاربة جائزة، فإن هلك المال قبل العمل أو بعده ضمن النصف حصة الهبة فقط، وهذه المسألة نص على أن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له اهـ ملخصاً، وتمامه فيه فليحفظ فإنه مهم. وهذه الأخيرة ستأتي قبيل كتاب الإيداع قريباً. قوله: (وكفت فيه) أي: في الإعلام. منح. قوله: (لم يجز) وما اشتراه له والدين في ذمته. بحر. قوله: (وإن على ثالث) بأن قال: اقبض مالي على فلان، ثم اعمل به مضاربة ولو عمل قبل أن يقبض الكل ضمن، ولو قال: فاعمل به لا يضمن، وكذا بالواو لأن ثم للترتيب، فلا يكون مأذوناً بالعمل إلا بعد قبض الكل، بخلاف الفاء

(1) قال الرافعي: قوله: (فلو من العروض فباعها إلخ) أي: بأن دفع إليه عرضاً وأمره ببيعه وعمل مضاربة في ثمنه، فقبل صح لأنه لم يضف المضاربة إلى العرض، بل إلى ثمنه كما في «الدرر» بخلاف ما إذا دفع عرضاً على أن قيمته ألف مثلاً، ويكون ذلك رأس المال، فهو باطل كما في «الشرنبلالية».

جاز وكره، ولو قال: اشتر لي عبداً نسيئة ثم بعه وضارب: بثمنه ففعل جاز، كقوله لغاصب[1] أو مستودع أو مستبضع: اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز. مجتبى (وكون رأس المال عيناً لا ديناً)[2] كما بسطه في الدرر (وكونه مسلماً إلى المضارب) ليمكنه التصرف (بخلاف الشركة) لأن العمل فيها من الجانبين (وكون الربح بينهما شائعاً) فلو عين قدراً فسدت (وكون نصيب كل منهما معلوماً) عند العقد.

ومن شروطها: كون نصيب المضارب من الربح، حتى لو شرط له من رأس المال أو منه ومن الربح فسدت. وفي الجلالية: كل شرط ....

والواو[3]، ولو قال: اقبض ديني لتعمل به مضاربة لا يصير مأذوناً ما لم يقبض الكل. بحر قال في الهامش. قال في الدرر: فلو قال: اعمل بالدين الذي في ذمتك مضاربة بالنصف لم يجز، بخلاف ما لو كان له دين على ثالث فقال: اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة حتى لا يبقى لرب المال فيه يد اهـ. قوله: (وكره) لأنه اشترط لنفسه منفعة قبل العقد. منح. قوله: (اشتر لي عبداً) هذا يفهم أنه لو دفع عرضاً وقال له: بعه واعمل بثمنه مضاربة أنه يجوز بالأولى وقد أوضحه الشارح، وهذه حيلة لجواز المضاربة في العروض، وحيلة أخرى ذكرها الخصاف أن يبيع المتاع من رجل يثق به ويقبض المال فيدفعه إلى المضارب مضاربة، ثم يشتري هذا المضارب هذا المتاع من الرجل الذي ابتاعه من صاحبه ط. قوله: (عيناً) أي: معيناً وليس المراد بالعين العرض ط. قوله: (لا ديناً) مكرر مع ما تقدم[4]. قوله: (مسلماً) فلو شرط رب المال أن يعمل مع المضارب لا تجوز المضاربة، سواء كان المالك عاقلاً أو لا، كالأب والوصي إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لا تصح المضاربة، وفي السغناقي: وشرط عمل الصغير لا يجوز، وكذا أحد المتفاوضين وشريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه نفذ العقد. تاترخانية. وسيأتي في الباب الآتي متناً بعض هذا. قوله: (كل شرط إلخ) قال الأكمل:

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (كقوله لغاصب إلخ) أي: إذا كان ما في يد هؤلاء مما تجري فيه المضاربة.

(2) قال الرافعي: قول المصنف: (عيناً لا ديناً) أي: على المضارب لا على ثالث، وانظر الفرق بينهما في التبيين.

(3) قال الرافعي: قوله: (بخلاف الفاء والواو) جعل في «المنح» الفاء كثم، واعترض ما نقله أنها كالواو فانظره.

(4) قال الرافعي: قوله: (مكرر مع ما تقدم) فيه أن ما تقدّم مذكور شرحاً، وما هنا ذكره المصنف.

يوجب جهالة[1] في الربح أو يقطع الشركة فيه يفسدها، وإلا بطل الشرط وصح العقد اعتباراً بالوكالة (ولو ادعى المضارب فسادها فالقول لرب المال وبعكسه فللمضارب) الأصل أن القول لمدعي الصحة في العقود، إلا إذا قال رب المال: شرطت لك ثلث الربح إلا عشرة وقال المضارب: الثلث فالقول لرب المال: ولو فيه فسادها لأنه ينكر زيادة يدعيها المضارب. خانية. وما في الأشباه فيه اشتباه، فافهم.

(ويملك المضارب في المطلقة) التي لم تقيد بمكان أو زمان أو نوع (البيع ولو فاسداً ....

شرط العمل على رب المال لا يفسدها[2]، وليس بواحد مما ذكر، والجواب أن الكلام في شروط فاسدة بعد كون العقد مضاربة، وما أورد لم يكن العقد فيه عقد مضاربة، فإن قلت: فما معنى قوله: لا يفسدها إذ النفي يقتضي الثبوت؟ قلت: سلب الشيء عن المعدوم صحيح كزيد المعدوم ليس ببصير، وسيأتي في المتن أنه مفسد. قال الشارح: لأنه يمنع التخلية فيمنع الصحة، فالأولى الجواب بالمنع فيقال لا نسلم أنه غير مفسد. سائحاني. قوله: (في الربح) كما إذا شرط له نصف الربح أو ثلثه بأو الترديدية س. قوله: (فيه) كما لو شرط لأحدهما دراهم مسماة س. قوله: (بطل الشرط) كشرط الخسران على المضارب س. قوله: (وما في الأشباه) من قوله: القول قول مدعي الصحة، إلا إذا قال رب المال: شرطت لك الثلث وزيادة عشرة وقال المضارب: الثلث فالقول للمضارب كما في الذخيرة اهـ. قوله: (فيه اشتباه) أي: اشتبه عليه مسألة بأخرى هي المذكورة هنا، لأن التي ذكرها داخلة تحت الأصل المذكور، لأن من له القول فيها مدع للصحة فلا يصح استثناؤها بخلاف التي هنا. قوله: (أو نوع) أي: أو شخص كما سيذكره. قوله: (ولو فاسداً) يعني لا يكون به مخالفاً فلا يكون المال خارجاً عن كونه في يده أمانة، وإن كانت مباشرته العقد الفاسد

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (كل شرط يوجب جهالة إلخ) قال في «الهداية»: كل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده، وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل اهـ، وقال في «العناية»: قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح، ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء، فلم تكن القاعدة مطردة، والجواب أنه قال: وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها، وإذا شرط العمل على رب المال، فليس بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال: زيد المعدوم ليس ببصير، وقوله بعد هذا بخطوط: وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع من تحققه اهـ، وقال سعدي قوله: والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يناسب هذا المقام، وإن كان صحيحاً في نفسه اهـ، وذلك لأن معنى القسم الثاني من الأصل هو أن غير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى صحيحة.

(2) قال الرافعي: قوله: (قال الأكمل: شرط العمل على رب المال لا يفسدها) عبارته: لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسدها إلخ.

(بنقد ونسيئة متعارفة والشراء والتوكيل بهما والسفر برًا وبحراً) ولو دفع له المال في بلده على الظاهر (الإبضاع) أي: دفع المال بضاعة (ولو لرب المال ولا تفسد به) المضاربة كما يجيء (و) يملك (الإيداع والرهن والارتهان والإجارة والاستئجار، فلو استأجر أرضاً بيضاء ليزرعها[1] أو يغرسها جاز) ظهيرية (والاحتيال) أي: قبول الحوالة (بالثمن مطلقاً) على الأيسر والأعسر، لأن كل ذلك من صنيع التجار (لا) يملك (المضاربة) والشركة والخلط بمال نفسه ....

غير جائزة وخرج الباطل كما في الأشباه. قوله: (بنقد ونسيئة) ولو اختلفا فيهما فالقول للمضارب في المضاربة، وللموكل في الوكالة كما مر متناً، في الوكالة. قوله: (والشراء) الإطلاق مشعر بجواز تجارته مع كل أحد، لكن في النظم أنه لا يتجر مع امرأته وولده الكبير العاقل ووالديه عنده خلافاً لهما، ولا يشتري من عبده المأذون، وقيل من مكاتبه بالاتفاق. قهستاني.

فروع مهمة: له أن يرهن ويرتهن لها ولو أخذ نخلاً أو شجراً معاملة على أن ينفق في تلقيحها وتأبيرها من المال لم يجز عليها، وإن قال له: اعمل برأيك: فإن رهن شيئاً من المضاربة[2] ضمنه، ولو أخر الثمن جاز على ربّ المال ولا يضمن، بخلاف الوكيل الخاص، ولو حط بعض الثمن إن العيب[3] طعن فيه المشتري وما حط حصته أو أكثر يسيراً جاز، وإن كان لا يتغابن الناس في الزيادة يصح، ويضمن ذلك من ماله لرب المال، وكان رأس المال ما بقي على المشتري، ويحرم عليه وطء الجارية ولو بإذن رب المال، ولو تزوجها بتزويج رب المال جاز إن لم يكن في المال ربح وخرجت الجارية عن المضاربة، وإن كان فيه ربح لا يجوز، وليس له أن يعمل بما فيه ضرر ولا ما لا يعمله التجار، وليس لأحد المضاربين أن يبيع أو يشتري بغير إذن صاحبه، ولو اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله يكون مخالفاً، وإن قيل له اعمل برأيك، ولو باع بهذه الصفة جاز خلافاً لهما كالوكيل بالبيع المطلق، وإذا اشترى بأكثر من المال كانت الزيادة له ولا يضمن بهذا الخلط الحكمي، ولو كان المال دراهم فاشترى بغير الأثمان كان لنفسه وبالدنانير للمضاربة لأنهما جنس هنا. الكل من البحر. قوله: (ولا تفسد) لأن حق التصرف للمضارب[4] قوله: (والاستئجار) أي: استئجار العمال للأعمال والمنازل لحفظ الأموال والسفن والدواب. قوله: (والخلط بمال نفسه) أي: أو غيره كما في البحر، إلا أن تكون معاملة التجار في تلك البلاد أن المضاربين يخلطون ولا

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (فلو استأجر أرضاً بيضاء ليزرعها إلخ) قال الرحمتي: كأن هذا في عرفهم أنه صنيع التجار، وفي عرفنا ليس منه فينبغي أن لا يملكه اهـ.

(2) قال الرافعي: قوله: (فإن رهن شيئاً من المضاربة) في دين عليه لا للمضاربة.

(3) قال الرافعي: قوله: (ولو حط بعض الثمن إن العيب) أي: وقد تحقق بالثبوت.

(4) قال الرافعي: قوله: (لأن حق التصرف للمضارب) فصلح رب المال أن يكون وكيلاً عنه فيه.

(إلا بإذن أو اعمل برأيك) إذ الشيء ....

ينهونهم، فإن غلب التعارف بينهم في مثله وجب أن لا يضمن كما في التاترخانية.

وفيها قبله: والأصل أن التصرفات في المضاربة ثلاثة أقسام: قسم هو من باب المضاربة وتوابعها فيملكه من غير أن يقول له اعمل ما بدا لك كالتوكيل بالبيع والشراء والرهن والارتهان والاستئجار والإيداع والإبضاع والمسافرة. وقسم لا يملك بمطلق العقد، بل إذا قيل اعمل برأيك كدفع المال إلى غيره مضاربة أو شركة أو خلط مالها بماله أو بمال غيره. وقسم لا يملك بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك إلا أن ينص عليه وهو ما ليس بمضاربة ولا يحتمل أن يلحق بها كالاستدانة عليها اهـ ملخصاً. قوله: (بمال نفسه) وكذا بمال غيره كما في البحر: وهذا إذا لم يغلب التعارف بين التجار في مثله كما في التاترخانية، وفيها من الثامن عشر: دفع إلى رجل ألفاً بالنصف ثم ألفاً أخرى كذلك فخلط المضارب المالين فهو على ثلاثة أوجه: إما أن يقول المالك في كل من المضاربتين: اعمل برأيك أو لم يقل فيهما، أو قال: في إحداهما فقط، وعلى كل فإما أن يكون قبل الربح في المالين أو بعده فيهما أو في أحدهما. ففي الوجه الأول: لا يضمن مطلقاً. وفي الثاني: إن خلط قبل الربح فيهما فلا ضمان أيضاً، وإن بعده فيهما ضمن المالين وحصة رب المال من الربح قبل الخلط، وإن بعد الربح في أحدهما فقط ضمن الذي لا ربح فيه. وفي الثالث: إما أن يكون[1] قوله: اعمل برأيك في الأولى أو يكون في الثانية، وكل على أربعة أوجه إما أن يخلطهما قبل الربح فيهما، في الأولى فقط، أو بعده في الثانية فقط، أو بعده فيهما قبل الربح فيهما، أو بعده في الثانية. فإن قال في الأولى: لا يضمن الأول ولا الثاني فيما لو خلط قبل الربح فيهما اهـ. قوله: (إذ الشيء) علة لكونه لا يملك المضاربة ويلزمه منها نفي الأخيرين

(1) قال الرافعي: قوله: (وفي الثالث إما أن يكون إلخ) في هذه العبارة سقط لم يعلم، ثم رأيته في «الهندية» أوضح هذه المسألة ونصه: فإن قال له: اعمل برأيك في المضاربة الأولى، ولم يقل له ذلك في الثانية فخلط مال المضاربة الأولى بالثانية، فالمسألة لا تخلو عن أربعة أوجه، إما أن خلط أحد المالين بالآخر قبل أن يربح في أحد المالين، أو بعد ما ربح في المالين، أو بعدما ربح في مال الأولى ولم يربح في مال الثانية أو بعدما ربح في مال الثانية ولم يربح في مال الأولى، وفي وجهين منها يضمن مال الثانية الذي لم يقل له رب المال: اعمل فيه برأيك أحدهما إذا خلط أحد المالين بالآخر بعدما ربح في المالين، والوجه الثاني إذا خلط أحدهما بالآخر، وقد ربح في مال الأولى الذي قال له فيها: اعمل فيه برأيك لا يضمن مال الأولى ويضمن مال الثانية، وفي وجهين منها لا يضمن لا مال الأولى ولا مال الثانية، أحدهما إذا خلط أحد المالين بالآخر قبل أن يربح في واحد منهما، وكذلك إن ربح في مال الثانية الذي لم يقل له فيها اعمل فيه برأيك، ولم يربح في مال الأولى الذي قال له فيها اعمل فيه برأيك وهو الوجه الثاني، فإن قال له في المضاربة الثانية: اعمل برأيك ولم يقل ذلك في الأولى، فالمسألة لا تخلو عن أربعة أوجه أيضاً على ما بينا، وفي الوجهين منها، وهما إذا خلط أحد المالين بالآخر بعدما ربح في المالين أو في مال الثانية الذي قال له فيه: اعمل برأيك ولم يربح في مال =

لا يتضمن مثله (و) لا (الإقراض والاستدانة وإن قيل له ذلك) أي: اعمل برأيك لأنهما ليسا من صنيع التجار فلم يدخلا في التعميم (ما لم ينص) المالك (عليهما) فيملكهما، وإن استدان كانت شركة وجوه، وحينئذ (فلو اشترى بمال المضاربة ثوباً وقصر بالماء أو حمل) متاع المضاربة (بماله و) قد (قيل له ذلك فهو متطوع) لأنه لا يملك الاستدانة بهذه المقالة، وإنما قال: بالماء لأنه لو قصر بالنشا فحكمه كصبغ

لأن الشركة والخلط أعلى من المضاربة لأنهما شركة في أصل المال. قوله: (لا يتضمن مثله) لا يرد على هذا المستعير والمكاتب فإن له الإعارة والكتابة، لأن الكلام في التصرف نيابة وهما يتصرفان بحكم المالكية لا النيابة، إذ المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار حراً يداً والمضارب يعمل بطريق النيابة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه كما في الكفاية. قوله: (ولا الإقراض) ولا أن يأخذ سفتجة. بحر. أي: لأنه استدانة وكذلك لا يعطي سفتجة لأنه قرض ط عن الشلبي. قوله: (والاستدانة) كما إذا اشترى سلعة بثمن دين وليس عنده من مال المضاربة شيء من جنس ذلك الثمن، فلو كان عنده من جنسه كان شراء على المضاربة ولم يكن من الاستدانة في شيء كما في شرح الطحاوي. قهستاني. والظاهر: أن ما عنده إذا لم يوف فما زاد عليه استدانة وقدمنا عن البحر إذا اشترى بأكثر من المال كانت الزيادة له، ولا يضمن بهذا الخلط الحكمي.

وفي البدائع: كما لا تجوز الاستدانة على مال المضاربة لا تجوز على إصلاحه، فلو اشترى بجميع مالها ثياباً ثم استأجر على حملها أو قصرها أو فتلها كان متطوعاً عاقداً لنفسه ط عن الشلبي وهذا ما ذكره المصنف بقوله: «فلو شرى بمال المضاربة ثوباً إلخ» فأشار بالتفريع إلى الحكمي. قوله: (وإن استدان) أي: بالإذن وما اشترى بينهما نصفان وكذا الدين عليهما ولا يتغير موجب المضاربة فربح مالهما على ما شرط. قهستاني. وقال السائحاني: أقول: شركة الوجوه هي أن يتفقا على الشراء نسيئة والمشتري عليهما أثلاثاً أو أنصافاً قال والربح يتبع هذا الشرط ولو جعلاه مخالفاً ولم يوجد ما ذكر فيظهر لي أن يكون المشتري بالدين للآمر لو المشتري معيناً أو مجهولاً جهالة نوع وسمى ثمنه أو جهالة جنس وقد قيل له اشتر ما تختاره وإلا فللمشتري كما تقدم في الوكالة لكن ظاهر المتون أنه لرب المال وربحه على حسب الشرط ويغتفر في الضمني ما لا يغتفر في الصريح اهـ. قوله: (بماله) متعلق بكل من قصر وحمل. قوله: (ذلك) أي: اعمل برأيك. قوله: (بهذه المقالة) وهي اعمل برأيك.

= الأولى الذي لم يقل له فيه: اعمل برأيك يضمن مال الأولى ولا يضمن مال الثانية، وفي الوجهين منها، وهما إذا خلط أحد المالين بالآخر قبل أن يربح في المالين أو ربح في مال الأولى، ولم يربح في مال الثانية، فإنه لا يضمن شيئاً لا مال الأولى ولا مال الثانية، كذا في «المحيط».

(وإن صبغه أحمر فشريك بما زاد) الصبغ ودخل في اعمل برأيك كالخلط (و) كان (له حصة) قيمة (صبغه إن بيع وحصة الثوب) أبيض (في مالها) ولو لم يقل اعمل برأيك لم يكن شريكاً بل غاصباً، وإنما قال: أحمر لما مر أن السواد نقص عند الإمام فلا يدخل في اعمل برأيك. بحر (ولا) يملك أيضاً (تجاوز بلد أو سلعة أو وقت أو شخص عينه المالك) لأن المضاربة تقبل التقييد المفيد ولو بعد العقد ما لم يصر المال عرضاً، لأنه حينئذ لا يملك عزله فلا يملك تخصيصه كما سيجيء قيدنا بالمفيد، لأن غير المفيد لا يعتبر أصلاً كنهيه عن بيع الحال، وأما المفيد في الجملة كسوق من مصر، فإن صرح بالنهي صح، وإلا لا (فإن فعل ضمن) بالمخالفة (وكان ذلك الشراء له) ولو لم يتصرف فيه حتى عاد للوفاق عادت المضاربة، ....

قلت: والمراد بالاستدانة نحو ما قدمناه عن القهستاني فهذا يملكه إذا نص، أما لو استدان نقوداً فالظاهر: أنه لا يصح لأنه توكيل بالاستقراض وهو باطل كما مر في الوكالة، وفي الخانية من فصل شركة العنان، ولا يملك الاستدانة على صاحبه ويرجع المقرض عليه لا على صاحبه، لأن التوكيل بالاستدانة توكيل بالاستقراض وهو باطل لأنه توكيل بالتكدي، إلا أن يقول الوكيل للمقرض: إن فلاناً يستقرض منك كذا فحينئذ يكون على الموكل لا الوكيل اهـ: أي: لأنه رسالة لا وكالة، والظاهر: أن المضاربة كذلك كما قلنا. قوله: (ولو بعد العقد) بأن كان رأس المال بحاله.

فرع: قال في الهامش: لو نهى رب المال المضارب بعد أن صار المال عرضاً عن البيع بالنسيئة قبل أن تباع ويصير المال ناضاً لا يصح نهيه، وأما قبل العمل أو بعد العمل وصار المال ناضاً يصح نهيه، لأنه يملك عزله في هذه الحالة دون الحالة الأولى. منح اهـ. قوله: (عن بيع الحال) يعني ثم باعه بالحال بسعر ما يباع بالمؤجل كما في العيني. سائحاني. قوله: (بالنهي) مثل لا تبع في سوق كذا. قوله: (الشراء له) وله ربحه وعليه خسرانه، ولكن يتصدق بالربح عندهما، وعند أبي يوسف: يطيب له أصله المودع إذا تصرف فيها وربح. إتقاني. قوله: (ولو لم يتصرف) أشار إلى أصل الضمان واجب بنفس المخالفة. لكنه غير قار إلا بالشراء فإنه على عرضية الزوال بالوفاق. وفي رواية الجامع أنه لا يضمن إلا إذا اشترى، والأول هو الصحيح كما في الهداية. قهستاني.

قلت: والظاهر أن ثمرته فيما لو هلك بعد الإخراج قبل الشراء يضمن على الأول لا على الثاني. قوله: (حتى عاد إلخ) يظهر في مخالفته في المكان[1]. تأمل.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (يظهر في مخالفته في المكان) وكذا يظهر في غيره أيضاً.

وكذا لو عاد في البعض اعتباراً للجزء بالكل (ولا) يملك (تزويج قنّ من مالها ولا شراء من يعتق على رب المال بقرابة أو يمين، بخلاف الوكيل بالشراء) فإنه يملك ذلك (عند عدم القرينة) المقيدة للوكالة كاشتر لي عبداً أبيعه أو أستخدمه أو جارية أطؤها (ولا من يعتق عليه) أي: المضارب (إن كان في المال ربح) هو هنا أن تكون قيمة هذا العبد أكثر من كل رأس المال كما بسطه العيني. فليحفظ (فإن فعل) شراء من يعتق على واحد منهما (وقع الشراء لنفسه وإن لم يكن) ربح كما ذكرنا (صح) للمضاربة (فإن ظهر) الربح (بزيادة قيمته بعد الشراء عتق حظه ولم يضمن نصيب المالك) بعتقه لا بصنعه (وسعى) العبد (المعتق في قيمة نصيب رب المال، ولو اشترى الشريك من يعتق على شريكه أو الأب أو الوصي من يعتق على الصغير نفذ على العاقد) إذ لا نظر فيه للصغير (والمأذون إذا اشترى من يعتق على المولى صح وعتق عليه أن لم يكن مستغرقاً بالدين، وإلا لا) خلافاً لهما. زيلعي (مضارب معه ألف بالنصف اشترى به أمة فولدت) ولداً (مساوياً له) أي: للألف (فادعاه موسراً فصارت قيمته) أي: الولد (وحده) كما ذكرنا (ألفاً ونصفه) أي: خمسمائة نفذت

قوله: (وكذا لو إلخ) قال الإتقاني: فإن اشترى ببعضه في غير الكوفة ثم بما بقي في الكوفة فهو مخالف في الأول، وما اشتراه بالكوفة فهو على المضاربة، لأن دليل الخلاف وجد في بعضه دون بعضه. قوله: (عاد في البعض) أي: تعود المضاربة، لكن في ذلك البعض خاصة. قال الإتقاني: ما تقدم. قوله: (أو يمين) بأن قال: إن ملكته فهو حر فإنه يملك ذلك، والفرق أن الوكالة بالشراء مطلقة وفي المضاربة مقيدة بما يظهر الربح فيه بالبيع، فإذا اشترى مالا يقدر على بيعه خالف. قوله: (كما بسطه العيني) عبارته: إذا كان رأس المال ألفاً وصار عشرة آلاف درهم ثم اشتري المضارب من يعتق عليه وقيمته ألف أو أقل لا يعتق عليه، وكذا لو كان له ثلاثة أولاد أو أكثر وقيمة كل واحد ألف أو أقل فاشتراهم لا يعتق منهم شيء، لأن كل واحد مشغول برأس المال، ولا يملك المضارب منهم شيئاً حتى تزيد قيمة كل عين على رأس المال على حدة من غير ضمه إلى آخر. عيني. كذا في الهامش. قوله: (ربح) أي: في الصورة الثانية. قوله: (للصغير) علة قاصرة، والعلة في الشريك هي المذكورة في المضارب من قصد الاسترباح ط. قوله: (بالنصف) متعلق بمضارب. كذا في الهامش. قوله: (أمة) فوطئها ملتقى. كذا في الهامش. قوله: (موسراً) لأنه ضمان عتق وليس بقيد لازم. بل ليفهم أنه لا يضمن لو معسراً بالأولى كما نبه عليه مسكين. قوله: (كما ذكرنا) أي: في قوله: «مساوياً له» فالكاف بمعنى مثل خبر صار وألفاً بدل منه أو ألفاً هو الخبر

دعوته لوجود الملك بظهور الربح المذكور فعتق (سعى لرب المال في الألف وربعه) إن شاء المالك (أو أعتقه) إن شاء (ولرب المال بعد قبضه ألفه) من الولد (تضمين المدعي) ولو معسراً لأنه ضمان تملك (نصف قيمتها) أي: الأمة لظهور نفوذ دعوته فيها، ويحمل على أنه تزوجها ثم اشتراها حبلى منه، ولو صارت قيمتها ألفاً ونصفه صارت أو ولد وضمن للمالك ألفاً وربعه لو موسراً، فلو معسراً فلا سعاية عليها لأن أم الولد لا تسعى. وتمامه في البحر، والله أعلم.

والجار والمجرور قبله حال منه. قوله: (سعى) الأولى: «وسعى» عطفاً على «نفذت». قوله: (المدعي) وهو المضارب. قوله: (تملك) بخلاف ضمان الولد لأنه ضمان عتق، وهو يعتمد التعدي ولم يوجد. قوله: (لظهور) أي: لوقوع دعوته صحيحة ظاهراً. قوله: (حبلى منه) تنازع فيه كل من تزوجها واشتراها: أي: حملاً لأمره على الصلاح، لكن لا تنفذ هذه الدعوى لعدم الملك، وهو شرط فيها إذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال، فلا يظهر الربح فيه لما عرف أن مال المضاربة إذا صار أجناساً مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال لا يظهر الربح عنده لأن بعضها ليس بأولى به من البعض فحينئذ لم يكن للمضارب نصيب في الأمة ولا في الولد، وإنما الثابت له مجرد حق التصرف فلا تنفذ دعوته فإذا زادت قيمته وصارت ألفاً وخمسمائة ظهر الربح وملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته السابقة لوجود شرطها وهو الملك فصار ابنه وعتق بقدر نصيبه منه وهو ربعه، ولم يضمن حصة رب المال من الولد، لأن العتق ثبت بالملك والنسب، فصارت العلة ذات وجهين والملك آخرهما وجوداً، فيضاف العتق إليه ولا صنع له في الملك، فلا ضمان لعدم التعدي، فإذا اختار الاستسعاء استسعاه في ألف رأس ماله وفي ربعه نصيبه من الربح، فإذا قبض الألف صار مستوفياً لرأس ماله وظهر أن الأم كلها ربح بينهما نصفين ونفذ فيها دعوة المضارب وصار كلها أم ولد له، لأن الاستيلاد إذا صادف محلاً يحتمل النقل لا يتجزأ إجماعاً، ويجب نصف قيمتها لرب المال. فإن قيل: لم لم يجعل المقبوض من الولد من الربح؟ قلنا لأنه من جنس رأس ماله وهو مقدم على الربح فكان أولى بجعله مني. زيلعي ملخصاً. قوله: (وضمن للمالك) لأنها لما زادت قيمتها ظهر فيها الربح وملك المضارب بعض الربح فنفذت دعوته فيها فيجب عليه لرب المال رأس ماله ونصيبه من الربح، فإذا وصل إليه الألف استوفى رأس ماله وصار الولد كله ربحاً فيملك المضارب منه نصفه فيعتق عليه، وما لم يصل إليه الألف فالولد رقيق على حاله على نحو ما ذكرنا في الأم.

١ ـ بَابُ الْمُضَارِبِ يُضَارِبُ

لما قدم المفردة شرع في المركبة فقال: (ضارب المضارب) آخر (بلا إذن) المالك (لم يضمن بالدفع ما لم يعمل الثاني ربح) الثاني (أو لا) على الظاهر، لأن الدفع إيداع وهو يملكه، فإذا عمل تبين أنه مضاربة فيضمن، إلا إذا كانت الثانية فاسدة فلا ضمان وإن ربح، بل للثاني أجر مثله على المضارب الأول[1] وللأول الربح المشروط (فإن ضاع) المال (من يده) أي: يد الثاني (قبل العمل) الموجب للضمان (فلا ضمان) على أحد (وكذا) لا ضمان (لو غصب المال من الثاني و) إنما (الضمان على الغاصب فقط، ولو استهلكه الثاني أو وهبه فالضمان عليه خاصة، فإن عمل) حتى ضمنه (خير رب المال إن شاء ضمن) المضارب (الأول رأس ماله، وإن

بَابُ الْمُضَارِبِ يُضَارِبُ

قوله: (على الظاهر) أي: ظاهر الرواية عن الإمام وهو قولهما[2]. منح. قوله: (فاسدة) قال في البحر: وإن كانت إحداهما فاسدة أو كلاهما فلا ضمان على واحد منهما، وللعامل أجر المثل على المضارب الأول ويرجع به الأول على رب المال والوضيعة على رب المال، والربح بين الأول ورب المال على الشرط بعد أخذ الثاني أجرته إذا كانت المضاربة الأولى صحيحة، وإلا فللأول أجر مثله اهـ. قوله: (خاصة) والأشهر الخيار[3] فيضمن أيهما شاء كما في الاختيار. سائحاني. قوله: (خير رب المال) فإن ضمن الأول صحت المضاربة بينه وبين الثاني وكان الربح على ما شرطا، وإن ضمن الثاني رجع بما ضمن على الأول وصحت بينهما وكان الربح بينهما وطاب للثاني ما ربح دون الأول. بحر. وفيه: ولو دفع الثاني مضاربة إلى ثالث وربح الثالث أو وضع، فإن قال الأول للثاني: اعمل فيه برأيك فلرب المال أن يضمن أيّ الثلاثة شاء ويرجع الثالث على الثاني والثاني على الأول، والأول لا يرجع على أحد إذا ضمنه رب المال، وإلا لا ضمان على الأول وضمن الثاني والثالث كذا في المحيط. ....

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (بل للثاني أجر مثله على المضارب الأول) ويرجع به على رب المال.

(2) قال الرافعي: قوله: (وهو قولهما) وعليه الفتوى كما نقله عبد الحليم عن «المنصورية» معزياً لقاضيخان.

(3) قال الرافعي: قوله: (والأشهر الخيار) يظهر على قول زفر من أن المضارب الأول يكون متعدياً بمجرد الدفع بدون توقف على العمل، وقال السندي: لا يلتفت إلى ما في «الاختيار» من أن الضمان على الأول، ولعله سبق قلم لأن الثاني في مباشرة هذا الفعل مخالف لما أمره به المضارب الأول، فيقتصر حكمه عليه بخلاف ما إذا عمل بالمال، لأنه في مباشرة العمل ممتثل أمر المضارب الأول، فلذا كان لرب المال أن يضمن أيهما شاء اهـ، ونقل الحكم كذلك في «الهندية» عن «المبسوط».

شاء ضمن الثاني) وإن اختار أخذ الربح ولا يضمن ليس له ذلك. بحر (فإن أذن المالك (بالدفع ودفع بالثلث وقد قيل) للأول (ما رزق الله فبيننا نصفان فللمالك النصف) عملاً بشرطه (وللأول السدس الباقي وللثاني الثلث) المشروط (ولو قيل: ما رزقك الله بكاف الخطاب) والمسألة بحالها (فللثاني ثلثه والباقي بين الأول والمالك نصفان) باعتبار الخطاب فيكون لكل ثلث (ومثله ما ربحت من شيء أو ما كان لك فيه من ربح) ونحو ذلك، وكذا لو شرط للثاني أكثر من الثلث أو أقل فالباقي بين المالك والأول (ولو قال له: ما ربحت بيننا نصفان ودفع بالنصف فللثاني النصف واستويا فيما بقي) لأنه لم يربح سواه (ولو قيل: ما رزق الله فلي نصفه أو ما كان من فضل الله فبيننا نصفان فدفع بالنصف فللمالك النصف وللثاني كذا ولا شيء للأول) لجعله ماله للثاني (ولو شرط) الأول (للثاني ثلثيه) والمسألة بحالها (ضمن الأول للثاني سدساً) بالتسمية لأنه التزم سلامة الثلثين (وإن شرط) المضارب (للمالك ثلثه و) شرط (لعبد المالك ثلثه) وقوله: (على أن يعمل معه) عادي وليس بقيد (و) شرط

قوله: (ضمن الثاني) فيه إشعار بأنه إذا ضمن يرجع على الأول ويطيب الربح له دون الأول لأنه ملك مستنداً قهستاني سائحاني. قوله: (ليس له إلخ) لأن المال بالعمل صار غصباً، وليس للمالك إلا تضمين البدل عند ذهاب العين المغصوبة، وليس له أن يأخذ الربح من الغاصب كذا ظهر لي ط. قوله: (فإن أذن) مفهوم قوله: بلا إذن. قوله: (عملاً بشرطه) لأنه شرط نصف جميع الربح له. قوله: (الباقي) الأولى إسقاطه. حلبي. والباقي هو الفاضل عما اشترطه للثاني، لأن ما أوجبه الأول لم ينصرف إلى نصيبه خاصة، إذ ليس له أن يوجب شيئاً لغيره من نصيب المالك، وحيث أوجب للثاني الثلث من نصيبه وهو النصف يبقى له السدس. قال في البحر: وطاب الربح للجميع لأن عمل الثاني عمل عن المضارب كالأجير المشترك إذا استأجر آخر بأقل مما استؤجر. قوله: (لعبد المالك) قيد بعبد رب المال لأن عبد المضارب لو شرط له شيء من الربح ولم يشترط عمله لا يجوز، ويكون ما شرط لرب المال إذا كان على العبد دين، وإلا لا يصح سواء شرط عمله أو لا ويكون للمضارب. بحر. وقد يكون العاقد المولى لأنه لو عقد المأذون فسيأتي، وشمل قوله: لعبد ما لو شرط للمكاتب بعض الربح فإنه يصح، وكذا لو كان مكاتب المضارب، لكن بشرط أن يشترط عمله فيهما وكان المشروط للمكاتب له لا لمولاه، وإن لم يشترط عمله لا يجوز، وعلى هذا غيره من الأجانب فتصح المضاربة وتكون لرب المال ويبطل الشرط. بحر. وسيأتي الكلام فيه. والمرأة والولد كالأجانب هنا. كذا في النهاية. بحر. وقيد باشتراط عمل العبد احترازاً عن عمل رب المال مع المضارب فإنه مفسد كما سيأتي. ....

(لنفسه ثلثه صح) وصار كأنه اشترط للمولى ثلثي الربح. كذا في عامة الكتب. وفي نسخ المتن والشرح هنا خلط فاجتنبه (ولو عقدها المأذون مع أجنبيّ وشرط المأذون عمل مولاه لم يصح إن لم يكن) المأذون (عليه دين) لأنه كاشتراط العمل على المالك (وإلا صح) لأنه حينئذ لا يملك كسبه (واشتراط عمل رب المال مع المضارب مفسد) للعقد لأنه يمنع التخلية فيمنع الصحة (وكذا اشتراط عمل المضارب مع مضاربه قوله: أو عمل رب المال مع) المضارب (الثاني) بخلاف مكاتب شرط عمل مولاه كما لو ضارب مولاه (ولو شرط بعض الربح للمساكين أو للحج أو في الرقاب) أو لامرأة المضارب أو مكاتبه صح العقد و (لم يصح) الشرط (ويكون المشروط (لرب المال، ولو شرط البعض لمن شاء المضارب، فإن شاء لنفسه أو لرب المال صح) الشرط «وإلا» بأن شاءه لأجنبي (لا) يصح، ومتى شرط البعض لأجنبي إن شرط عليه عمله صح، وإلا لا.

قوله: (للمولى) لكن المولى لا يأخذ ثلث العبد مطلقاً لما في التبيين، ثم إن لم يكن على العبد دين فهو للمولى سواء شرط فيها عمل العبد أو لا، وإن كان عليه دين فهو كغرمائه إن شرط عمله، لأنه صار مضارباً في مال مولاه فيكون كسبه له فيأخذه غرماؤه، وإن لم يشترط عمله فهو أجنبي عن العقد، فكان كالمسكوت عنه فيكون للمولى لأنه نماء ملكه، إذ لا يشترط بيان نصيبه بل نصيب المضارب لكونه كالأجير اهـ ملخصاً. قوله: (وفي نسخ المتن إلخ) أما المتن فقد رأيت في نسخة منه: ولو شرط للثاني ثلثيه ولعبد المالك ثلثه على أن يعمل معه ولنفسه ثلثه صح اهـ. وهو فاسد كما ترى. وأما الشرح فنصه: وقوله: على أن يعمل معه عادي، وليس بقيد بل يصح الشرط ويكون لسيده، وإن لم يشترط عمله لا يجوز ح. كذا في الهامش. قوله: (واشتراط) هذه المسألة كالتعليل لما قبلها، فكان الأولى تقديمها وتفريع الأولى عليها. قوله: (بخلاف مكاتب) أي: إذا دفع مال مضاربة لآخر. قوله: (مولاه) أي: فإنه لا يفسد مطلقاً، فإن عجز قبل العمل ولا دين عليه فسدت. بحر. قوله: (أو في الرقاب) أي: فكها، وفساد الشرط في الثلاث لعدم اشتراط العمل كما سيظهر. قوله: (ولم يصح الشرط) وما في السراجية من الجواز محمول على جواز العقد لا الشرط. منح. فلا يحتاج إلى ما قيل إن المسألة خلافية، لكن عدم صحة الشرط في هذين إذا لم يشترط عملهما كما سيشير إليه بقوله: «ومتى شرط لأجنبي إلخ» ومر عن النهاية أن المرأة والولد كالأجنبي هنا. وفي التبيين: ولو شرط بعض الربح لمكاتب رب المال أو المضارب إن شرط عمله جاز وكان المشروط له لأنه صار مضارباً، وإلا فلا لأن هذا ليس بمضاربة، وإنما المشروط هبة موعودة فلا يلزم، وعلى هذا غيره من الأجانب إن شرط له بعض الربح وشرط عمله عليه صح، وإلا فلا اهـ. قوله: (لا يصح) لأنه لم يشترط عمله. قوله: (صح) أي:

قلت: لكن في القهستاني أنه يصح مطلقاً، والمشروط للأجنبي إن شرط عمله وإلا فللمالك أيضاً. وعزاه للذخيرة خلافاً للبرجندي وغيره، فتنبه. ولو شرط البعض لقضاء دين المضارب أو دين المالك جاز، ويكون للمشروط له قضاء دينه، ولا يلزم بدفعه لغرمائه. بحر.

(وتبطل) المضاربة **(بموت أحدهما)** لكونها وكالة، وكذا بقتله وحجر يطرأ على أحدهما وبجنون أحدهما مطبقاً. قهستاني. وفي البزازية: مات المضارب والمال عروض باعها وصيه[1]، ولو مات رب المال والمال نقد تبطل في حق التصرف، ولو عرضاً تبطل في حق المسافرة لا التصرف فله بيعه بعرض ونقد **(و)** بالحكم **(بلحوق المالك مرتداً، فإن عاد بعد لحوقه مسلماً فالمضاربة على حالها)** حكم بلحاقه أم لا. عناية **(بخلاف الوكيل)** لأنه لا حق له، ....

الاشتراط كالعقد. قوله: **(لكن في القهستاني)** لا محل للاستدراك، لأن قوله: **(يصح مطلقاً)** أي: عقد المضاربة صحيح سواء شرط عمل الأجنبي أو لا، غير أنه إن شرط عمله فالمشروط له، وإلا فلرب المال لأنه بمنزلة المسكوت عنه، ولو كان المراد أن الاشتراط صحيح مطلقاً نافى قوله: **(وإلا)** أي: وإن لم يشترط عمله فللمالك. قوله: **(ويكون)** أي: البعض. قوله: **(قضاء)** نائب فاعل المشروط. قوله: **(بحر)** عبارته: ولا يجبر على دفعه لغرمائه اهـ. كذا في الهامش. قوله: **(المسافرة)** أي: إلى غير بلد رب المال. ط عن البزازية. قوله: **(فإن عاد إلخ)** ينبغي أن يكون هذا إذا لم يحكم بلحاقه، أما إذا حكم بلحاقه فلا تعود المضاربة لأنها بطلت كما هو ظاهر عبارة الإتقاني في غاية البيان لكن في العناية أن المضاربة تعود سواء حكم بلحاقه أم لا فتأمل. رملي. قوله: **(بخلاف الوكيل)** أي: لو ارتد موكله ولحق ثم عاد فلا تبقى الوكالة على حالها، والفرق أن محل التصرف خرج عن ملك الموكل ولم يتعلق به حق الوكيل فلذا قال: لأنه إلخ س. قوله:

(1) **قال الرافعي: قول الشارح: (مات المضارب والمال عروض باعها وصيه إلخ)** في «الفتاوى الأنقروية» مات مضارب والمال عروض، فولاية البيع لوصيه لا لرب المال، لأنها له في حياته فلمن قام مقامه بعده بخلاف عدل مات في باب الرهن، فإنه ليس لوصيه حق البيع، وقيل: ولاية البيع لوصيه ولرب المال، وهو الأصح إذ الحق للمضارب والملك لرب المال، فكأنهما شريكان. «جامع الفصولين» في أواخر الفصل الأول اهـ، ثم ذكر عن «مبسوط السرخسي» أن الذي يلي البيع هو وصي المضارب، وأنه في المضارب الصغير يبيعها وصي الميت ورب المال، وأن ما ذكر هنا أصح لأن الوصي قائم مقام الموصي، وكان للموصي أن ينفرد ببيعها فكذلك لوصيه، وهذا لأن رب المال لو أراد بيعها بنفسه لم يملك، فلا معنى لاشتراط انضمام رأيه إلى رأي الوصي اهـ، وما ذكره في «الفصولين» جرى عليه في «نور العين» فالمسألة فيها اختلاف التصحيح.

بخلاف المضارب (ولو ارتد المضارب فهي على حالها، فإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه بطلت) وما تصرف نافذ وعهدته على المالك عند الإمام. بحر (ولو ارتد المالك فقط) أي: ولم يلحق (فتصرفه) أي: المضارب (موقوف) وردة المرأة غير مؤثرة (وينعزل بعزله) لأنه وكيل (إن علم به) بخبر رجلين مطلقاً أو فضولي عدل أو رسول مميز (وإلا) يعلم (لا) ينعزل (فإن علم) بالعزل ولو حكماً كموت المالك ولو حكماً (والمال عروض) هو هنا ما كان خلاف جنس رأس المال، فالدراهم والدنانير هنا جنسان (باعها) ولو نسيئة وإن نهاه عنها (ثم لا يتصرف في ثمنها) ولا في نقد من جنس رأس ماله ويبدل خلافه به استحساناً لوجوب رد جنسه وليظهر الربح (ولا يملك المالك فسخها ....

(بخلاف المضارب) فإن له حقاً، فإذا عاد المالك فهي على حالها. قوله: (ولو ارتد) محترز قوله: «وبلحوق». قوله: (فقط) على هذا لا فرق بين المالك والمضارب، فلو قال: وبلحوق أحدهما ثم قال: ولو ارتد أحدهما فقط إلخ لكان أخصر وأظهر. تأمل. لكن الفرق أنه إذا ارتد المضارب فتصرفه نافذ. قوله: (غير مؤثرة) سواء كانت هي صاحبة المال أو المضاربة إلا أن تموت أو تلحق بدار الحرب فيحكم بلحاقها، لأن ردتها لا تؤثر في أملاكها فكذا في تصرفاتها. منح. قوله: (ولو حكماً) أي: ولو العزل حكماً فلا ينعزل في الحكمي إلا بالعلم، بخلاف الوكيل حيث ينعزل في الحكمي، وإن لم يعلم كذا قالوا، فإن قلت: ما الفرق بينهما؟ قلت: قد ذكروا أن الفرق بينهما أنه لا حق له، بخلاف المضارب. منح. قوله: (ولو حكماً) أي: كارتداده مع الحكم بلحاقه س. قوله: (فالدراهم) التفريع غير ظاهر، فالأولى الواو كما في البحر والمنح. قوله: (جنسان) فإن كان رأس المال دراهم وعزله ومعه دنانير له بيعها بالدراهم استحساناً. منح. وانظر ما مر في البيع الفاسد عند قول المصنف: «والدراهم والدنانير جنس». قوله: (باعها) أي: له بيعها ولا يمنعه العزل من ذلك. إتقاني. قوله: (عنها) أي: عن النسيئة كما لا يصح نهيه عن المسافرة في الروايات المشهورة، وكما لا يملك عزله لا يملك تخصيص الإذن، لأنه عزل من وجه. بحر عن النهاية، وسيأتي. قوله: (ويبدل) لا حاجة إليه لفهمه مما قبله حيث بين المراد من العروض هنا قريباً، وأن الدراهم والدنانير جنسان. قوله: (خلافه به) أي: له أن يبدل خلاف رأس المال من النقد برأس المال. قال في البحر: وإن كان رأس المال دراهم وعزله ومعه دنانير يبيعها بالدراهم استحساناً. مدني. قوله: (لوجوب إلخ) أي: إن امتنع المالك من خلاف الجنس كما يفيده ما قدمنا عن الإتقاني[1].

فرع: قال في القنية: من المضاربة أعطاه دنانير مضاربة ثم أراد القسمة له أن يستوفي دنانير،

(١) قال الرافعي: قوله: (كما يفيده ما قدمنا عن الإتقاني) ليس فيما قدمه عن الإتقاني ما يفيد ما قاله.

في هذه الحالة) بل ولا تخصيص الإذن لأنه عزل من وجه. نهاية **(بخلاف أحد الشريكين إذا فسخ الشركة وما لها أمتعة)** صح **(افترقا وفي المال ديون وربح يجبر المضارب على اقتضاء الديون)** إذ حينئذ يعمل بالأجرة **(وإلا)** ربح **(لا)** جبر لأنه حينئذ متبرّع (و) يؤمر بأن **(يوكل المالك عليه)** لأنه غير العاقد (و) حينئذ فـ **(الوكيل بالبيع والمستبضع كالمضارب)** يؤمران بالتوكيل **(والسمسار يجبر على التقاضي)** وكذا الدلال لأنهما يعملان بالأجرة.

فرع: استؤجر على أن يبيع ويشتري لم يجز لعدم قدرته عليه، والحيلة أن يستأجره مدة للخدمة ويستعمله في البيع. زيلعي **(وما هلك من مال المضاربة يصرف إلى الربح)** لأن تبع **(فإن زاد الهالك على الربح لم يضمن)** ولو فاسدة ....

وله أن يأخذ من المال بقيمتها، وتعتبر قيمتها يوم القسمة لا يوم الدفع اهـ. وفي شرح الطحاوي: من المضاربة، ويضمن لرب المال مثل ماله وقت الخلاف. بيري في بحث القول في ثمن المثل. وهذه فائدة طالما توقفت فيها، فإن رب المال يدفع دنانير مثلاً بعدد مخصوص ثم تغلو قيمتها ويريد أخذها عدداً لا بالقيمة. تأمل. والذي يظهر من هذا أنه لو علم عدد المدفوع ونوعه فله أخذه، ولو أراد أن يأخذ قيمته من نوع آخر يأخذه بالقيمة الواقعة يوم الخلاف: أي: يوم النزاع والخصام، وكذا إذا لم يعلم نوع المدفوع كما يقع كثيراً في زماننا حيث يدفع أنواعاً ثم تجهل فيضطر إلى أخذ قيمتها لجهالتها فيأخذ بالقيمة يوم الخصام[1] والله أعلم. تأمل. **قوله: (في هذه الحالة)** أي: حالة كون المال عروضاً لأن للمضارب حقاً في الربح. بحر. **قوله: (صح)** أي: الفسخ. **قوله: (على اقتضاء الديون)** أي: طلبها من أربابها. **قوله: (إذ حينئذ)** عبارة البحر: لأنه كالأجير والربح كالأجرة وطلب الدين من تمام تكملة العمل فيجبر عليه. **قوله: (بالأجرة)** ظاهره: ولو كان الربح قليلاً قال في شرح الملتقى: ومفاده أن نفقة الطلب على المضارب، وهذا لو الدين في المصر، وإلا ففي مال المضاربة. قال في الهندية: وإن طال سفر المضارب ومقامه حتى أتت النفقة في جميع الدين: فإن فضل على الدين حسب له النفقة مقدار الدين، وما زاد على ذلك يكون على المضارب. كذا في المحيط ط. **قوله: (والسمسار)** هو المتوسط بين البائع والمشتري بأجر من غير أن يستأجر. **قوله: (زيلعي)** وتمام كلامه: وإنما جازت هذه الحيلة لأن العقد يتناول المنفعة، وهي معلومة ببيان قدر المدة، وهو قادر على تسليم نفسه في المدة، ولو عمل من غير شرط وأعطاه شيئاً لا بأس به لأنه عمل معه حسنة فجازاه خيراً وبذلك جرت العادة، وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن. **قوله: (ولو فاسدة)** أي: سواء كانت المضاربة صحيحة أو

(1) قال الرافعي: قوله: (فيأخذ بالقيمة يوم الخصام) فيه أنه مع عدم العلم بنوع المدفوع لا يمكن القول بأخذ قيمته يوم الخصام، إذ هو فرع معرفة نوعه.

من عمله لأنه أمين (وإن قسم الربح وبقيت المضاربة ثم هلك المال أو بعضه ترادا الربح ليأخذ المالك رأس المال وما فضل فهو بينهما، وإن نقص لم يضمن) لما مر.

ثم ذكر مفهوم قوله: وبقيت المضاربة فقال: (وإن قسم الربح وفسخت المضاربة) والمال في يد المضارب (ثم عقداها فهلك المال لم يترادا وبقيت المضاربة) لأنه عقد جديد (وهي الحيلة النافعة للمضارب).

فَصْلٌ فِي الْمُتَفَرِّقَاتِ

(المضاربة لا تفسد بدفع كل المال أو بعضه) تقييد الهداية بالبعض اتفاقي. عناية (إلى المالك بضاعة لا مضاربة) لما مر (وإن أخذه) أي: المالك المال (بغير أمر المضارب وباع واشترى[1] بطلت إن كان رأس المال نقداً) لأنه عامل لنفسه ....

فاسدة، وسواء كان الهلاك من عمله أو لا ح. قوله: (من عمله) يعني المسلط عليه عند التجار، وأما التعدي فيظهر أنه يضمن. سائحاني. قوله: (فهو بينهما) أي: بعد دفع النفقة. قوله: (لما مر) أي: من أنه أمين فلا يضمن. قوله: (في يد المضارب) مثله في العزمية عن صدر الشريعة، وهو نص على المتوهم، وإلا فبالأولى إذا دفعه لرب المال بعد الفسخ ثم استرده وعقد أخرى. قوله: (النافعة للمضارب) أي: لو خاف أن يسترد منه رب المال الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقي من رأس المال، وعلم مما مر آنفاً أنه لا يتوقف صحة الحيلة على أن يسلم المضارب رأس المال إلى رب المال، وتقييد الزيلعي به اتفاقي كما نبه عليه أبو السعود.

فَصْلٌ فِي الْمُتَفَرِّقَاتِ

قوله: (لا مضاربة) أي: فإنها تفسد، وقد تبع الزيلعي ومفهومه أنه لو دفعه مضاربة تفسد الأولى مع أن الذي يفسد الثانية لا الأولى كما في الهداية. قال في البحر: وتقييده بالبضاعة اتفاقي، لأنه لو دفع المال إلى رب المال مضاربة لا تبطل الأولى، بل الثانية، لأن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب، ولا مال هنا، فلو جوزناه يؤدي إلى قلب الموضوع، وإذا لم يصح بقي عمل المال بأمر المضارب، فلا تبطل الأولى. كذا في الهداية. وبه علم أنها بضاعة وإن سميت مضاربة، لأن المراد بالبضاعة هنا الاستعانة، لأن الإبضاع الحقيقي لا يتأتى هنا وهو أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر ولا ربح للعامل، وفهم من مسألة الكتاب جواز الإبضاع مع الأجنبي بالأولى اهـ. قوله: (لما مر) أي: من أن الشيء لا يتضمن مثله. قوله: (وإن أخذه) محترز قوله: «بدفع».

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (وباع واشترى) الواو بمعنى أو كما يفيده ما في السندي.

(وإن صار عرضاً لا)(1) لأن النقض الصريح حينئذ لا يعمل، فهذا أولى. عناية. ثم إن باع بعرض بقيت، وإن بنقد بطلت لما مر (وإذا سافر) ولو يوماً (فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه) بفتح الراء: ما يركب ولو بكراء (وكل ما يحتاجه عادة) أي: في عادة التجار بالمعروف (في مالها) لو صحيحة لا فاسدة لأنه أجير فلا نفقة له كمستبضع ووكيل وشريك. كافي. وفي الأخير خلاف (وإن عمل في المصر) سواء ولد فيه أو اتخذه داراً (فنفقته في ماله) كدوائه على الظاهر، أما إذا نوى الإقامة بمصر ولم يتخذه داراً فله النفقة. ابن ملك. ما لم يأخذ مالاً لأنه لم يحتبس بمالها، ولو

قوله: (وإن صار عرضاً) أي: في يد المضارب. قوله: (ثم إن باع) أي: ما صار عرضاً.
قوله: (لما مر) أي: من أنه عامل لنفسه قال في الهامش: فلو باع أي: رب المال العروض بنقد ثم اشترى عروضاً كان للمضارب حصته من ربح العروض الأولى لا الثانية، لأنه لما باع العروض وصار المال نقداً في يده كان ذلك نقضاً للمضاربة، فشراؤه به بعد ذلك يكون لنفسه، فلو باع العروض بعروض مثلها أو بمكيل أو موزون وربح كان بينهما على ما شرطا. بحر ومنح عن المبسوط. قوله: (ولو يوماً) لأن العلة في وجوب النفقة حبس نفسه لأجلها، فعلم أنه ليس المراد بالسفر الشرعي بل المراد أن لا يمكنه المبيت في منزله، فإن أمكن أنه يعود إليه في ليلة فهو كالمصر لا نفقة له. بحر. قوله: (ولو بكراء) بفتح الراء ومدها وكسر الهمزة بعدها. قوله: (لأنه أجير) أي: في الفاسدة. قوله: (خلاف) فإنه صرح في النهاية بوجوبها في مال الشركة. منح. وجعله في شرح المجمع رواية عن محمد، وفي الحامدية في كتاب الشركة عن الرملي على المنح أقول: ذكر في التاترخانية عن الخانية قال محمد: هذا استحساناً اهـ: أي: وجوب نفقته في مال الشركة، وحيث علمت أنه الاستحسان فالعمل عليه، لما علمت أن العمل على الاستحسان إلا في مسائل ليست هذه منها. خير الدين على المنح اهـ. قوله: (ما لم يأخذ مالاً) يعني لو نوى الإقامة بمصر ولم يتخذه داراً فله النفقة، إلا إذا كان قد أخذ مال المضاربة في ذلك المصر فلا نفقة له ما دام فيه، ولا يخفى ما فيه من الإيجاز الملحق بالألغاز.

قال في البحر: فلو أخذ مالاً بالكوفة وهو من أهل البصرة، وكان قدم الكوفة مسافراً فلا نفقة له في المال ما دام في الكوفة، فإذا خرج منها مسافراً فله النفقة حتى يأتي البصرة، لأن

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (وإن صار عرضاً لا) قال السندي نقلاً عن الرملي: استفيد من هذا جواز بيع رب المال عروض المضاربة، وهي واقعة الفتوى، اهـ. ثم رأيت في «الكفاية» من باب المرابحة ما نصه: لو صار مال المضاربة جارية ليس لرب المال أن يطأها، وإن لم يكن فيها ربح، لأن للمضارب حق التصرف فيها، ألا ترى أن رب المال لا يملك بيعها، وأحاله إلى «الإيضاح» فتأمل.

سافر بماله ومالها أو خلط بإذن أو بمالين لرجلين أنفق بالحصة، وإذا قدم رد ما بقي. مجمع. ويضمن الزائد على المعروف، ولو أنفق من ماله ليرجع في مالها له ذلك، ولو هلك لم يرجع على المالك **(ويأخذ المالك قدر ما أنفقه المضارب من رأس المال إن كان ثمة ربح، فإن استوفاه وفضل شيء)** من الربح **(اقتسماه)** على الشرط، لأن ما أنفقه يجعل كالهالك، والهالك يصرف إلى الربح كما مر **(وإن لم يظهر ربح فلا شيء عليه)** أي: المضارب **(وإن باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان وأجرة السمسار والقصار والصباغ ونحوه)** مما اعتيد ضمه **(ويقول)** البائع **(قام عليّ بكذا وكذا يضم إلى رأس المال ما يوجب زيادة فيه ...**

خروجه لأجل المال، ولا ينفق من المال ما دام بالبصرة لأن البصرة وطن أصلي له فكانت إقامته فيه لأجل الوطن لا لأجل المال، فإذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال إلى أن يأتي الكوفة، لأن خروجه من البصرة لأجل المال، وله أن ينفق أيضاً ما أقام بالكوفة حتى يعود إلى البصرة، لأن وطنه بالكوفة كان وطن أمانة، وأنه يبطل بالسفر فإذا عاد إليها وليس له بها وطن كانت إقامته فيها لأجل المال. كذا في البدائع والمحيط والفتاوى الظهيرية اهـ. ويظهر منه أنه لو كان له وطن بالكوفة أيضاً ليس له الإنفاق إلا في الطريق، ورأيت التصريح به في التاترخانية من الخامس عشر. **قوله: (أو خلط إلخ)** أو بعرف شائع كما قدمنا أنه لا يضمن به. تأمل. **قوله: (بإذن)** أي: وتصير شركة ملك فلا تنافي المضاربة، ونظيره ما قدمناه لو دفع إليه ألفاً نصفها قرض ونصفها مضاربة صح، ولكل نصف حكم نفسه اهـ. مع أن المال مشترك شركة ملك فلم يضمن المضاربة وبه ظهر أنه لا ينافي ما قدمه الشارح عن الكافي من أنه ليس للشريك نفقة فافهم. **قوله: (أو بمالين)** أي: وإن كان أحدهما بضاعة فنفقته في مال المضاربة[1] إلا أن يتفرغ للعمل في البضاعة فمن مال نفسه دون البضاعة إلا إن أذن له المستبضع بالنفقة منها لأنه متبرع. تاترخانية في الخامس عشر عن المحيط. وفيها عن العتابية: ولو رجع المضارب من سفره بعد موت رب المال فله أن ينفق من المال عن نفسه وعلى الرقيق، وكذا بعد النهي، ولو كتب إليه ينهاه وقد صار المال نقداً لم ينفق في رجوعه اهـ. **قوله: (ولو هلك)** أي: مالها. **قوله: (ويأخذ)** أي: من الربح. **قوله: (من رأس)** متعلق بأنفق، وحاصل المسألة أنه لو دفع له ألفاً مثلاً فأنفق المضارب من رأس المال مائة وربح مائة يأخذ المالك المائة الربح بدل المائة التي أنفقها المضارب ليستوفي المالك جميع رأس ماله، فلو كان الربح في هذه الصورة مائتين يأخذ مائة بدل النفقة ويقتسمان المائة الثانية. **قوله: (من الحملان)** قال في مجمع البحرين: والحملان بالضم: الحمل مصدر حمله والحملان أيضاً أجر ما

(1) قال الرافعي: قوله: (وإن كان أحدهما بضاعة فنفقته في مال المضاربة) لا يظهر جعل جميع النفقة في مال المضاربة، بل نصفها فيه ونصفها في مال نفسه.

حقيقة أو حكماً[1] أو اعتاده التجار) كأجرة السمسار، هذا هو الأصل. نهاية (لا) يضم ما أنفقه (على نفسه) لعدم الزيادة والعادة (مضارب بالنصف شرى بألفها بزاً) أي: ثياباً (وباعه بألفين وشرى بهما عبداً فضاعا في يده) قبل نقدهما لبائع العبد (غرم المضارب) نصف الربح (ربعهما و) غرم (المالك الباقي و) يصير (ربع العبد) ملكاً (للمضارب) خارجاً عن المضاربة لكونه مضموناً عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما تناف (وباقيه لها ورأس المال) جميع ما دفع المالك وهو (ألفان وخمسمائة و) لكن (رابح) المضارب في بيع العبد (على ألفين) فقط لأنه شراه مبهماً (ولو بيع) العبد (بضعفهما) بأربعة آلاف (فحصتها ثلاثة آلاف) لأن ربعه للمضارب (والربح منها نصف الألف بينهما) لأن رأس المال ألفان وخمسمائة (ولو شرى من رب المال بألف عبداً ....

يحمل اهـ. وهو المراد ط. قوله: (حقيقة) كالصبغ. قوله: (أو حكماً) كالقصارة. قوله: (والعادة) قد سبق في المرابحة أن العبرة في الضم لعادة التجار، فإذا جرت بضم ذلك يضم ط. قوله: (أي ثياباً) قال في البحر: وقال محمد في السير: البزّ عند أهل الكوفة ثياب الكتان أو القطن لا ثياب الصوف أو الخز، كذا في المغرب اهـ. قوله: (نصف الربح) لأنه ظهر فيها ربح ألف لما صار المال نقداً، فإذا اشترى بالألفين عبداً صار مشتركاً ربعه للمضارب والباقي لرب المال فيكون مضموناً عليهما بالحصص. قوله: (الباقي) ولكن الألفان يجبان جميعاً للبائع على المضارب، ثم يرجع المضارب على رب المال بألف وخمسمائة، لأن المضارب هو المباشر للعقد وأحكام العقد ترجع إليه. إتقاني. قوله: (لكونه) علة لقوله خارجاً. قوله: (وبينهما) أي: بين الضمان المفهوم من مضمون وبين الأمانة. قوله: (لها) لأن ضمان رب المال لا ينافي المضاربة س. قوله: (ولو بيع) أي: والمسألة بحالها. قوله: (فحصتها) أي: المضاربة. قوله: (لأن ربعه) أي: ربع العبد ملك للمضارب كما تقدم، وفي الهامش قوله: ربعه وهو الألف اهـ. قوله: (بينهما) أي: والألف يختص بها المضارب كما مر. قوله: (عبداً) أي: قيمته ألف فالثمن والقيمة سواء، وإنما قلنا ذلك لأنه لو كان فيهما فضل[2] بأن اشترى رب المال عبداً بألف قيمته ألفان ثم باعه من المضارب بألفين بعد ما ربح المضارب ألفاً فإنه يرابح على ألف وخمسمائة[3]، وكذا لو الفضل في قيمة

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (أو حكماً) معلوم من قوله: سابقاً ونحوه.

(2) قال الرافعي: قوله: (لأنه لو كان فيهما فضل) أي: على رأس المال. بحر.

(3) قال الرافعي: قوله: (فإنه يرابح على ألف وخمسمائة) لأنا نعتبر الثمن الأول، وذلك ألف في حق رب المال وحصة المضارب من الربح، وذلك خمسمائة فيبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة بيانة أن =

....

المبيع دون الثمن بأن كان العبد يساوي ألفاً وخمسمائة فاشتراه رب المال بألف وباعه من المضارب بألف فإنه يرابح على ألف ومائتين وخمسين، وكذا عكسه[1] بأن شرى عبداً قيمته ألف[2] بألف فباعه منه بألف فالمسألة رباعية: قسمان لا يرابح فيهما إلا على ما اشترى رب المال، وقسمان يرابح فيهما عليه وعلى حصة المضارب؛ وهذا إذا كان البائع رب المال، فلو كان المضارب فهو على أربعة أقسام أيضاً كما يأتي. وتمامه في البحر عن المحيط[3]. ....

= الألف خرج عن ملك رب المال في ثمن العبد، فيعتبر في بيع المرابحة ونصف الألف التي هي الربح ملك رب المال قبل البيع وبعده، فلا يعتبر، أما النصف الذي هو حصة المضارب من الربح وهو خمسمائة درهم خرج عن ملك رب المال إلى ملك المضارب حقيقة بإزاء هذا العبد فيعتبر اهـ. «غاية البيان». وفي «الهندية»: المضارب إذا اشترى من رب المال أو رب المال اشترى من المضارب، وأراد أن يبيع مرابحة، فإنه يبيع مرابحة على أقل الثمنين وحصة المضارب من الربح اهـ.

(1) قال الرافعي: قوله: (وكذا عكسه) عبارة «البحر»: وأما إذا كان في الثمن فضل على رأس المال ولا فضل في قيمة المبيع، بأن اشترى رب المال عبداً بألف قيمته ألف باعه من المضارب بألفين، فإنه يبيعه مرابحة على ألف فهو كمسألة الكتاب.

(2) قال الرافعي: قوله: (بأن شرى عبداً قيمته ألف إلخ) حكم هذه الصورة كمسألة المصنف.

(3) قال الرافعي: قوله: (وتمامه في «البحر» عن «المحيط») عبارة «المحيط» باب المرابحة بين رب المال والمضارب: أصله أن المضارب إنما يبيع المشترى مرابحة على الثمن الذي استتم زواله عن ملك رب المال والمضارب، فأما ما هو زائل من وجه دون وجه، فلا يعتبر زائلاً في المرابحة احتياطاً، والمرابحة مبنية على الأمانة منفية عن الغدر والخيانة كالمكاتب إذا اشترى شيئاً بألف ثم باعه من المولى بألفين، فإنه يبيعه مرابحة على الألف، لأن الألف الأخرى لم يستتم زوالها، عن ملك المولى والمكاتب، فإنه بقي للمولى فيها حق ملك، فلم يعتبر زائلاً في بيع المرابحة، ثم المسائل على قسمين أما إن كان المشتري في البيع الثاني هو المضارب أو رب المال، وكل قسم على أربعة أوجه أما إن كان في الثمن الثاني أو في المبيع فضل أو لا فضل في كليهما، أو كان في أحدهما فضل في المبيع دون الثمن أو في الثمن فضل دون المبيع، أما القسم الأول لو اشترى رب المال عبداً بخمسمائة وباعه من المضارب بألف بالمضاربة ولا فضل في المبيع والثمن بأن كان قيمة العبد ألفاً ورأس المال ألفاً فإن باعه مساومة باعه كيف شاء، وإن باعه مرابحة باعه على خمسمائة، لأن خمسمائة من الثمن لم يستتم زواله باعتبار العقدين، لأنه إن زال عن ملك المضارب لم يزل عن ملك رب المال، فإنه كان ملكاً له قبل الشراء من المضارب، وإنما خرج من ملك رب المال في ثمن العبد خمسمائة في البيع الأول، فيبيعه مرابحة على ما خرج عن ملكه، ولو اشتراه بألف وقيمته ألف وباعه من المضارب بخمسمائة ومال المضارب ألف، فإنه يبيعه مرابحة على خمسمائة، وأما إذا كان في الثمن والمبيع فضل على رأس المال بأن اشترى رب المال عبداً بألف قيمته ألفان، ثم باعه من المضارب بألفين بعدما عمل المضارب في ألف المضاربة وربح فيها ألفاً فإنه يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة لأن ألفاً خرجت عن ملك رب المال بالبيع الأول، فلا بد من اعتبارها وخمسمائة من =

....

= الألف الربح، فحصة رب المال لم تزل عن ملكه لأنها كانت ملكاً له قبل الشراء من المضارب، فيجب طرحها بقي خمسمائة أخرى حصة المضارب من الربح لا بد من اعتبارها، لأنه يخرج عن ملك المضارب إلى رب المال رقبة وتصرفاً، فيجب إعتبارها فيجب ضم هذه الخمسمائة إلى الألف الخارجة عن ملك رب المال بالبيع الأول، فصار ألفاً وخمسمائة فيبيعه مرابحة على الألف، لأنه خرج عن ملك رب المال في ثمنه خمسمائة، فاعتبرت في المرابحة وخمسمائة حصة المضارب من الربح خرجت عن ملكه إلى ملك رب المال وملك المضارب بإزائها ربع العبد فوجب اعتبارها، وما زاد عليها وهو ألف رب المال قبل البيع وبعده خمسمائة رأس ماله وخمسمائة ربح لم يخرج عن ملك أحد، فلم يعتبر فبقي المعتبر ألفاً فيبيعه مرابحة على ألف. فأما إذا كان في الثمن فضل على رأس المال، ولا فضل على رأس المال، ولا فضل في المبيع بأن اشترى رب المال عبداً بألف قيمته ألف باعه من المضارب بألفين، فإنه يبيعه مرابحة على ألف، لأن ألفاً زال عن ملك رب المال وعن المضارب رقبة وتصرفاً، فاستتم زواله باعتبار التعيين، فلا بد من اعتبارهما وخمسمائة من الألف الباقية حصة رب المال لم يستتم زوالها عن ملكه، لأنها كانت ملكاً له قبل الشراء وبعده رقبة وخمسمائة أخرى حصة المضارب إن خرجت عن ملكه، إلا أنه لم يملك بإزائها شيئاً من رقبة العبد، فإن جميع العبد مشغول برأس المال لا فضل فيه، وإنما استفاد بإزائها ملك التصرف، وإذا لم يملك المضارب بحصته شيئاً من العبد لا تعتبر حصته في المرابحة، وجعل كأنها نويت كمن اشتري عبداً وزاد الأجنبي للبائع خمسمائة، وسلمها إلى البائع، فالمشتري يبيع مرابحة على ألف، ولا يبيع مرابحة على ألف وخمسمائة، لأنه لم يملك بتلك الخمسمائة شيئاً من العبد، ولو اشتراه رب المال بخمسمائة، فباعه من المضارب بألفين يبيعه مرابحة على خمسمائة، لأن خمسمائة خرجت عن ملك رب المال فلا بد من اعتبارها، وبقي ألف وخمسمائة فألف كانت ملك رب المال وخمسمائة من رأس المال وخمسمائة ربح إن زال عن ملك المضارب، إلا أنه لم يستفد بإزائها شيئاً من رقبة العبد، فلا يعتبر، فأما إذا كان في المبيع فضل دون الثمن بأن كان العبد يساوي ألفاً وخمسمائة، فاشتراه رب المال بألف فباعه من المضارب بألف يبيعه المضارب مرابحة على ألف ومائتين وخمسين، لأن ألفاً خرجت عن ملك رب المال لم يزل عن ملكه، فلم يعتبر وخمسمائة حصة المضارب من الربح، فلم يملك بها إلا مائتين وخمسين، لأن نصف الربح في العبد مائتان وخمسون، فاعتبر ذلك القدر مع ألف، وأما القسم الثاني فالوجه الأول منه وهو ما إذا لم يكن فضل في المبيع والثمن بأن اشترى المضارب عبداً بخمسمائة قيمته ألف، فباعه من رب المال بألف فإنه يبيعه مرابحة على خمسمائة لأن الخمسمائة التي نقدها المضارب الأجنبي خرجت عن ملك رب المال والمضارب وخمسمائة أخرى لم تزل عن ملك رب المال رقبة، فلم يستتم زوالها عن ملكه فلم تعتبر زائلة، وإن فيهما فضل بأن اشترى المضارب عبداً يساوي ألفين بألف، وباعه من رب المال بألفين، فإنه يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة، لأنه استتم زوال ألف وخمسمائة عن ملك رب المال بشراء المضارب ونقدها الأجنبي ألف من رأس المال، وخمسمائة حصة المضارب من الربح، لأنه استفاد بإزائها ربعاً من رقبة العبد بقيت خمسمائة حصة رب المال من الربح ملكاً له رقبة، وصار كما لو كان المشتري هو المضارب من رب المال، وإن كان الفضل في الثمن دون المبيع بأن اشترى المضارب عبداً بألف قيمته ألف، فباعه من رب المال بألفين يبيعه مرابحة بألف وخمسمائة، لأنه زال عن ملك رب المال ألف =

شراه) رب المال **(بنصفه رابح بنصفه)** وكذا عكسه لأنه وكيله، ومنه علم جواز شراء المالك من المضارب وعكسه **(ولو شرى بألفها عبداً قيمته ألفان فقتل العبد رجلاً خطأً فثلاثة أرباع الفداء على المالك وربعه على المضارب)** على قدر ملكهما **(والعبد يخدم المالك ثلاثة أيام والمضارب يوماً)** لخروجه عن المضاربة بالفداء ....

قوله: (شراه) صفة عبداً. قوله: (رابح) جواب لو. قوله: (وكذا عكسه) وهو ما لو كان البائع المضارب، والمسألة بحالها بأن شرى رب المال بألف عبداً شراه المضارب بنصفه ورأس المال ألف فإنه يرابح بنصفه، وهذا إذا كانت قيمته كالثمن لا فضل فيهما، ومثله لو الفضل في القيمة[1] فقط؛ أما لو كان فيهما فضل أو في الثمن فقط فإنه يرابح على ما اشترى به المضارب وحصة المضارب، وبه علم أن المسألة رباعية أيضاً. وتمامه في البحر. قوله: (ولو شرى) أي: من معه ألف بالنصف كما قيد به في الكنز. قوله: (بالفداء) لأنه لما صار المال عيناً واحداً ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال، فإذا فدياه خرج عن المضاربة لأن نصيب المضارب صار مضموناً عليه، ونصيب رب المال صار له بقضاء القاضي بالفداء عليهما، وإذا خرج عنها بالدفع أو بالفداء

= وخمسمائة ألف بشراء المضارب وخمسمائة بشرائه، وهو حصة المضارب من الربح، قد ملك بإزائها عبداً رقبة وتصرفاً إلا أنه ملك الرقبة بشراء المضارب، وشراؤه كشرائه بنفسه لأنه وكيله وملك التصرف بشرائه من المضارب، ولو اشتراه المضارب بخمسمائة، فباعه رب المال بألفي درهم باعه رب المال مرابحة على ألف، ويخرجه على نحو ما مر، وإن كان الفضل في المبيع دون الثمن بأن اشترى عبداً بألف قيمته ألفان، ثم باعه بألف من رب المال، فإنه يبيعه مرابحة على ألف، لأن الزائل عن ملكه هذا القدر كما لو كان المشتري هو المضارب، فالحاصل في هذه المسائل أنه متى كان شراء المضارب بأقل من الثمنين، فإن كان للمضارب حصة ضمها إلى أقل الثمنين، ومتى اشترى رب المال باعه على أقل الثمنين ويضم إليه حصة المضارب، ولو ملك رب المال بغير شيء، فباعه من المضارب لا يبيعه مرابحة حتى يبين أنه اشتراه من رب المال، لأن المضارب يبيعه لرب المال ورب المال لا يملك بيعه مرابحة وكذا المضارب، وذلك لأن الثمن إن زال عن ملك المضارب لم يزل عن ملك رب المال، فلا يعتبر زائلاً احتياطاً. اشترى المضارب عبداً بألف وباعه من رب المال بألفين، ثم باعه رب المال من أجنبي مساومة بثلاثة آلاف، ثم اشتراه المضارب من الأجنبي بألفين لم يبعه مرابحة عند أبي حنيفة، وعندهما يبيعه مرابحة بألفين، وهذا بناء على أنه يطرح الربح الحاصل للمشتري الآخر من الثمن الآخر في العقد المتوسط عنده، وعندهما لا يطرح كما في مسألة مرت في البيوع، وهي ما إذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بعشرين، ثم اشتراه بعشرة فإنه لا يبيعه عند أبي حنيفة، وعندهما يبيعه مرابحة على عشرة، لأن عنده إذا طرح الربح من هذا الثمن لم يبق شيء من ثمنه، وعندهما لا يطرح الربح انتهى.

(1) قال الرافعي: قوله: (ومثله لو الفضل في القيمة إلخ) لعله في الثمن، وقوله: أو في الثمن حقه أو في القيمة، وعبارة «البحر» كما ذكره.

للتنافي كما مر، ولو اختار المالك الدفع والمضارب الفداء فله ذلك لتوهم الربح حينئذ.

(اشترى بألفها عبداً وهلك الثمن قبل النقد) للبائع لم يضمن لأنه أمين بل (دفع المالك) للمضارب (ألفاً أخرى ثم وثم) أي: كلما هلك دفع أخرى إلى غير نهاية (ورأس المال جميع ما دفع) بخلاف الوكيل لأن يده ثانياً يد استيفاء لا أمانة.

(معه ألفان فقال) للمالك (دفعت إليّ ألفاً وربحت ألفاً وقال المالك: دفعت ألفين فالقول للمضارب) لأن القول في مقدار المقبوض للقابض أميناً أو ضميناً كما

غرما[1] على قدر ملكهما. بحر. والفرق بين هذا وبين ما مر حيث لا يخرج هناك ما خص رب المال عن المضاربة، وهنا يخرج أن الواجب هناك ضمان التجارة وهو لا ينافي المضاربة، وهنا ضمان الجناية وهو ليس من التجارة في شيء فلا يبقى على المضاربة. كفاية. قوله: (كما مر) أي: قريباً من أن ضمان المضارب ينافي المضاربة س. قوله: (ولو اختار المالك الدفع إلخ) قال في البحر: قيد بقوله: قيمته ألفانَ، لأنه لو كانت قيمته ألفاً فتدبير الجناية إلى رب المال، لأن الرقبة على ملكه لا ملك للمضارب فيها، فإن اختار رب المال الدفع والمضارب الفداء مع ذلك فله ذلك لأنه يستبقي بالفداء مال المضاربة، وله ذلك لأن الربح يتوهم. كذا في الإيضاح اهـ. ونحوه في غاية البيان.

ولا يخفى أن الربح في مسألة المتن محقق، بخلاف هذه فقد علل لغير مذكور، على أن الظاهر أنه في مسألة المتن لا ينفرد أحدهما بالخيار لكون العبد مشتركاً يدل له ما في غاية البيان، ويكون الخيار لهما جميعاً إن شاءا فديا وإن شاءا دفعا، فتأمل[2]. قوله: (ما دفع) فلا يظهر الربح إلا بعد استيفاء المالك الكل، لكن المضارب لا يرابح إلا على ألف كما مر. قوله: (بخلاف الوكيل) أي: إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء، ثم هلك فإنه لا يرجع إلا مرة. قوله: (لأن يده ثانياً إلخ) الضمير فيه للوكيل بيانه أن المال في يد المضارب أمانة، ولا يمكن حمله على الاسيتفاء لأنه لا يكون إلا بقبض مضمون، فكل ما قبض يكون أمانة وقبض الوكيل ثانياً استيفاء، لأنه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع، فإذا صار مستوفياً له صار مضموناً عليه فيهلك عليه. بخلاف ما إذا لم يكن مدفوعاً إليه إلا بعد الشراء حيث لا يرجع أصلاً لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء، فجعل مستوفياً بالقبض بعده إذ المدفوع إليه قبله أمانة، وهو قائم على

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وإذا خرج عنها بالدفع أو بالفداء غرما إلخ) عبارة «البحر»: يخدمهما إلخ، ولا معنى لقوله: بالدفع.

(2) قال الرافعي: قوله: (إن شاءا فديا وإن شاءا دفعا فتأمل) قال السندي: وقال في «البدائع» في مسألة المصنف: فإن اختار أحدهما الدفع والآخر الفداء لهما ذلك.

لو أنكره أصلاً (ولو كان الاختلاف) مع ذلك (في مقدار الربح فالقول لرب المال في مقدار الربح فقط) لأنه يستفاد من جهته (وأيهما أقام بينة تقبل، وإن أقاماها فالبينة بينة رب المال في دعواه الزيادة في رأس المال و) بينة (المضارب في دعواه الزيادة في الربح) قيد الاختلاف بكونه في المقدار، لأنه لو كان في الصفة فالقول لرب المال فلذا قال: (معه ألف فقال: هو مضاربة بالنصف وقد ربح ألفاً وقال المالك: هو بضاعة فالقول للمالك) لأنه منكر (وكذا لو قال) المضارب: (هي قرض وقال رب المال: هي بضاعة أو وديعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب) لأنه يدعي عليه التمليك والمالك ينكر (و) أما (لو ادعى المالك القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب) لأنه ينكر الضمان، وأيهما أقام البينة قبلت (وإن أقاما

الأمانة بعده فلم يصر مستوفياً فإذا هلك يرجع مرة فقط لما قلنا. قوله: (مع ذلك) أي: مع الاختلاف في رأس المال. قوله: (الربح) صورته: قال رب المال: رأس المال ألفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب: رأس المال ألف وشرطت لي النصف. قوله: (فقط) لا في رأس المال بل القول فيه للمضارب كما علمت. قوله: (فالبينة إلخ) لأن بينة رب المال في زيادة رأس المال أكثر إثباتاً وبينة المضارب في زيادة الربح أكثر إثباتاً كما في الزيلعي ويؤخذ من هذا[1] ومن الاختلاف في الصفة أن رب المال لو ادعى المضاربة وادعى من في يده المال أنها عنان وله في المال كذا وأقاما البينة فبينة ذي اليد أولى لأنها أثبتت حصة من المال وأثبتت الصفة. سائحاني. قوله: (فالقول للمالك) لأن المضارب يدعي عليه تقوم عمله أو شرطاً من جهته أو يدعي الشركة وهو ينكر. منح. قوله: (المضارب) الأولى ذو اليد. قوله: (هي قرض) ليكون كل الربح له. قوله: (فالقول للمضارب) مثله في الخانية وغاية البيان والزيلعي والبحر ونقله ابن الشحنة عن النهاية وشرح التجريد. وحكى ابن وهبان في نظمه قولين وفي مجموعة منلا علي عن مجموعة الأنقروي عن محيط السرخسي لو قال رب المال: هو قرض والقابض مضاربة فإن بعد ما تصرف فالقول لرب المال والبينة بينته أيضاً، والمضارب ضامن وإن قبله فالقول قوله: ولا ضمان عليه أي: القابض، لأنهما تصادقا على أن القبض كان بإذن رب المال ولم يثبت القرض لإنكار القابض اهـ. ونقل فيها عن الذخيرة من الرابع عشر مثله، ومثله في كتاب القول لمن عن غانم البغدادي عن الوجيز، وبمثله أفتى علي أفندي مفتي الممالك العثمانية، وكذا قال في فتاوى ابن نجيم: القول لرب المال، ويمكن أن يقال: إن ما في الخانية والتنوير فيما إذا كان قبل التصرف حملاً

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ويؤخذ من هذا إلخ) فيه أن مقتضى كون مدعي المضاربة خارجاً أن تقدم بينته على أن جميع ما في يد المدعى عليه مال مضاربة.

بينة فبينة رب المال أولى) لأنها أكثر إثباتاً. وأما الاختلاف في النوع فإن ادعى المضارب العموم أو الإطلاق وادعى المالك الخصوص فالقول للمضارب لتمسكه بالأصل، ولو ادعى كلّ نوعاً فالقول للمالك والبينة للمضارب فيقيمها على صحة تصرفه ويلزمه نفي الضمان، ولو وقت البينتان قضى بالمتأخرة، وإلا فبينة المالك.

فروع: دفع الوصي مال الصغير إلى نفسه مضاربة جاز، وقيده الطرسوسي بأن لا يجعل الوصي لنفسه من الربح أكثر مما يجعل لأمثاله. وتمامه في شرح الوهبانية.

وفيها: مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف عاد ديناً في تركته.

وفي الاختيار: دفع المضارب شيئاً للعاشر ليكفّ عنه ضمن لأنه ليس من أمور التجارة، لكن صرح في مجمع الفتاوى بعدم الضمان في زماننا قال: وكذا الوصي لأنهما يقصدان الإصلاح، وسيجيء آخر الوديعة، وفيه: لو شرى بمالها متاعاً فقال:

للمطلق على المقيد لاتحاد الحادثة والحكم وبالله التوفيق من مجموعة منلا علي ملخصاً. قوله: (بالأصل) لأن الأصل في المضاربة العموم إذ المقصود منها الاسترباح والعموم والإطلاق يناسبانه، وهذا إذا تنازعا بعد تصرف المضارب فلو قبله فالقول للمالك كما إذا ادعى المالك بعد التصرف العموم والمضارب الخصوص فالقول للمالك. در منتقى. قوله: (كل نوعاً) بأن قال أحدهما: في بزّ وقال الآخر: في برّ. قوله: (فالقول للمالك) لأنهما اتفقا على الخصوص فكان القول قول من يستفاد من جهته الإذن س. قوله: (فيقيمها) أي: البينة. قوله: (على صحة إلخ) يعني أن البينة تكون حينئذ على صحة تصرّفه لا على نفي الضمان حتى تكون على النفي فلا تقبل. قوله: (ولو وقت) في بعض النسخ: «ولو وقتت». قوله: (البينتان) فاعل «وقت» والمسألة بحالها بأن قال رب المال: أديته إليك مضاربة أن تعمل في بزّ في رمضان وقال المضارب: دفعت إلي لأعمل في طعام في شوال وأقاما البينة. قوله: (قضى بالمتأخرة) لأن آخر الشرطين ينسخ أولهما. قوله: (وإلا) أي: إن لم يوقتا أو وقتت إحداهما دون الأخرى. قوله: (إلى نفسه) الضمير راجع إلى الوصي. قوله: (وقيده الطرسوسي) أي: بحثاً منه، ورده ابن وهبان بأنه تقييد لإطلاقهم برأيه مع قيام الدليل على الإطلاق، واستظهر ابن الشحنة ما قاله الطرسوسي نظراً للصغير.

أقول: لكن في جامع الفصولين عن الملتقط: ليس للوصي في هذا الزمان أخذ مال اليتيم مضاربة، فهذا يفيد المنع مطلقاً. قوله: (في تركته) لأنه صار بالتجهيل مستهلكاً، وسيأتي تمامه في الوديعة إن شاء الله تعالى، وأفتى به في الحامدية قائلاً: وبه أفتى قارىء الهداية. قوله: (وفيه لو شرى إلخ) الكلام هنا في موضعين: الأول: حق إمساك المضارب المتاع من غير رضا رب المال، والثاني: إجبار المضارب على البيع حيث لا حق له في الإمساك. أما الأول: فلا حق له فيه سواء كان في المال ربح أو لا، إلا أن يعطي لرب المال رأس المال فقط إن لم يربح أو مع

أنا أمسكه حتى أجد ربحاً كثيراً وأراد المالك بيعه فإن في المال ربح أجبر على بيعه لعمله بأجر كما مر إلا أن يقول للمالك: أعطيك رأس المال وحصتك من الربح فيجبر المالك على قبول ذلك. وفي البزازية: دفع إليه ألفاً نصفها هبة ونصفها مضاربة فهلكت يضمن حصة الهبة اهـ.

قلت: والمفتى به أنه لا ضمان مطلقاً، لا في المضاربة لأنها أمانة، ولا في الهبة لأنها فاسدة، وهي تملك بالقبض على المعتمد المفتى به كما سيجيء فلا ضمان فيها، وبه يضعف قول الوهبانية:

وَأَوْدَعَهُ عَشْراً عَلَى أَنَّ خَمْسَةً لَهُ هِبَةٌ فَاسْتُهْلِكَ الخُمْسُ يخسَرُ

حصته من الربح فحينئذ له حق الإمساك. وأما الثاني: وهو إجباره على البيع فهو أنه إن كان في المال ربح أجبر على البيع إلا أن يدفع للمالك رأس ماله من حصته من الربح، وإن لم يكن في المال ربح لا يجبر، ولكن له أن يدفع للمالك رأس ماله أو يدفع له المتاع برأس ماله. هذا حاصل ما فهمته من عبارة المنح عن الذخيرة وهي عبارة معقدة، وقد راجعت عبارة الذخيرة فوجدتها كما في المنح، وبقي ما إذا أراد المالك أن يمسك المتاع والمضارب يريد بيعه وهو حادثة الفتوى، ويعلم جوابها مما مر قبيل الفصل من أنه لو عزله وعلم به والمال عروض باعها وإن نهاه المالك، ولا يملك المالك فسخها ولا تخصيص الإذن لأنه عزل من وجه. قوله: (حصة الهبة) لأن هبة المشاع الذي يقبل القسمة غير صحيحة فيكون في ضمانه. قوله: (وهي إلخ) ونقلها القتال عن الهندية. قوله: (تملك بالقبض) أقول: لا تنافي بين الملك بالقبض والضمان. سائحاني.

أقول: نص عليه في جامع الفصولين حيث قال رامزاً لفتاوى الفضلي: الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبه يفتى، ثم إذا هلكت أفتيت بالرجوع للواهب هبة فاسدة لذي رحم محرم منه إذ الفاسدة مضمونة، فإذا كانت مضمونة بالقيمة بعد الهلاك كانت مستحقة الرد قبل الهلاك اهـ فتنبه.

فروع: سئل فيما إذا مات المضارب وعليه دين وكان مال المضاربة معروفاً، فهل يكون رب المال أحق برأس ماله وحصته من الربح؟ الجواب: نعم كما صرح به في الخانية والذخيرة البرهانية حامدية. وفيها عن قارىء الهداية من باب القضاء في فتاواه: إذا ادعى أحد الشريكين خيانة في قدر معلوم وأنكر حلف عليه، فإن حلف برىء وإن نكل ثبت ما ادعاه، وإن لم يعين مقداراً فكذا الحكم، لكن إذا نكل عن اليمين لزمه أن يعين مقدار ما خان فيه والقول قوله في مقداره مع يمينه، لأن نكوله كإقرار بشيء مجهول والبيان في مقداره إلى المقر مع يمينه إلا أن يقيم خصمه بينة على أكثر اهـ.

٣٩ ــ كِتَابُ الإِيدَاعِ

لا خفاء في اشتراكه مع ما قبله في الحكم وهو الأمانة (هو) لغة: من الودع: أي: الترك. وشرعاً: (تسليط الغير على حفظ ماله صريحاً أو دلالة) كأن انفتق زق رجل فأخذه رجل بغيبة مالكه ثم تركه ضمن لأنه بهذا الأخذ التزم حفظه دلالة. بحر (والوديعة ما تترك عند الأمين) وهي أخص من الأمانة كما حققه المصنف وغيره.

(وركنها: الإيجاب صريحاً) كأودعتك (أو كناية) كقوله لرجل: أعطني ألف درهم أو أعطني هذا الثوب مثلاً فقال: أعطيتك كان وديعة. بحر. لأن الإعطاء يحتمل الهبة[1]، لكن الوديعة أدنى وهو متيقن فصار كناية (أو فعلاً) كما لو وضع ثوبه

كِتَابُ الإِيدَاعِ

قوله: (بغيبة إلخ) قيد به، لأنه المالك لو كان حاضراً لم يضمن كما حققه المصنف. انظر اليعقوبية. قال في المنح: إن الأمانة علم لما غير مضمون، فشمل جميع الصور التي لا ضمان فيها كالعارية والمستأجرة والموصى بخدمته في يد الموصى له بها، والوديعة ما وضع للأمانة بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين. واختاره صاحب النهاية وفي البحر. وحكمهما مختلف في بعض الصور، لأنه في الوديعة يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق، وفي الأمانة لا يبرأ عن الضمان بعد الخلاف.

نكتة ذكرها في الهامش روي: أن زليخا لما ابتليت بالفقر وابيضت عيناها من الحزن على يوسف عليه السلام جلست على قارعة الطريق في زيّ الفقراء، فمرّ بها يوسف عليه السلام فقامت تنادي: أيها الملك اسمع كلامي، فوقف يوسف عليه السلام، فقالت: الأمانة أقامت المملوك مقام الملوك، والخيانة أقامت الملوك مقام المملوك، فسأل عنها فقيل إنها زليخا فتزوّجها رحمة عليها اهـ زيلعي. قوله: (أو كناية) المراد بها ما قابل الصريح مثل كنايات الطلاق لا البيانية. قوله: (لأن إلخ) التعليل في البحر أيضاً. ....

....

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (لأن الإعطاء ... تمل الهبة) فيه أن احتمال الوديعة في مثل هذه العبارة =

بين يدي رجل ولم يقل شيئاً فهو إيداع.

(والقبول من المودع صريحاً) كقبلت (أو دلالة) كما لو سكت عند وضعه فإنه قبول دلالة كوضع ثيابه في حمام بمرأى من الثيابي، وكقوله لرب الخان: أين أربطها؟ فقال: هناك كان إيداعاً. خانية. هذا في حق وجوب الحفظ، وأما في حق

قوله: (ولم يقل إلخ) فلو قال: لا أقبل الوديعة لا يضمن، إذ القبول عرفاً لا يثبت عند الرد صريحاً.

قال صاحب جامع الفصولين: أقول: دل هذا على أن البقار لا يصير مودعاً في بقرة من بعثها إليه فقال البقار للرسول: اذهب بها إلى ربها فإني لا أقبلها فذهب بها، فينبغي أن لا يضمن البقار، وقد مر خلافه. يقول الحقير قوله: ينبغي لا ينبغي، إذ الرسول لما أتى بها إليه خرج عن حكم الرسالة وصار أجنبياً، فلما قال البقار: ردها إلى مالكها صار كأنه ردها إلى أجنبي أو ردها مع أجنبي فلذا يضمن، بخلاف مسألة الثوب. نور العين. وتمامه فيه.

وفيه أيضاً عن الذخيرة: ولو قال: لم أقبل حتى لم يصر مودعاً وترك الثوب ربه وذهب فرفعه من لم يقبل وأدخله بيته ينبغي أن يضمن، لأنه لما لم يثبت الإيداع صار غاصباً برفعه. يقول الحقير: فيه إشكال، وهو أن الغصب إزالة يد المالك ولم توجد، ورفعه الثوب لقصد النفع لا الضرر، بل ترك المالك ثوبه إيداع ثان ورفع من لم يقبل قبول ضمناً، فالظاهر أنه لا يضمن والله تعالى أعلم اهـ. قوله: (شيئاً) فلو قال: لا أقبل لا يكون مودعاً، لأن الدلالة لم توجد. بحر. وفيه عن الخلاصة: لو وضع كتابه عند قوم فذهبوا وتركوه ضمنوا إذا ضاع، وإن قاموا واحداً بعد واحد ضمن الأخير لأنه تعين للحفظ فتعين للضمان اهـ. فكل من الإيجاب والقبول فيه غير صريح كمسألة الخاني الآتية قريباً.

فرع: في جامع الفصولين: لو أدخل دابته دار غيره وأخرجها ربّ الدار لم يضمن، لأنها تضر بالدار، ولو وجد دابة في مربطه فأخرجها ضمن. سائحاني. قوله: (كما لو سكت) أي: فإنه قبول؛ وبعد أن ذكر هذا في الهندية قال: وضع شيئاً في بيته بغير أمره فلم يعلم حتى ضاع لا يضمن لعدم التزام الحفظ، وضع عند آخر شيئاً وقال: احفظ فضاع لا يضمن لعدم التزام الحفظ اهـ. ويمكن التوفيق بالقرينة الدالة على الرضا وعدمه. سائحاني. قوله: (من الثيابي) ولا يكون الحمامي مودعاً ما دام الثيابي حاضراً، فإن كان غائباً فالحمامي مودع. بحر. وفيه عن إجارات الخلاصة لبس ثوباً فظن الثيابي أنه ثوبه، فإذا هو ثوب الغير ضمن هو الأصح: أي: لأنه بترك السؤال والتفحص يكون مفرطاً فلا ينافي ما يأتي من أن اشتراط الضمان على الأمين باطل. أفاده أبو السعود. قوله: (وهذا) أي: اشتراط القبول أيضاً. ....

= بعيد جداً لغة وعرفاً، فلماذا عدلوا عن المتبادر إلى غيره؟ اهـ ط.

الأمانة فتتم بالإيجاب وحده، حتى لو قال للغاصب: أودعتك المغصوب بريء عن الضمان وإن لم يقبل. اختيار **(وشرطها كون المال قابلاً لإثبات اليد عليه)** فلو أودع الآبق أو الطير في الهواء، لم يضمن **(وكون المودع مكلفاً شرط لوجوب الحفظ عليه)** فلو أودع صبياً فاستهلكها لم يضمن[1] ولو عبداً محجوراً ضمن بعد عتقه **(وهي أمانة)** هذا حكمها مع وجوب الحفظ والأداء عند الطلب واستحباب قبولها **(فلا تضمن بالهلاك)** إلا إذا كانت الوديعة بأجر. ....

قوله: (وإن لم يقبل) قد مر أن القبول صريح ودلالة فلعله هنا بمعنى الرد، أما لو سكت فهو قبول دلالة. تأمل. **قوله: (لإثبات اليد) قال بعض الفضلاء**: فيه تسامح إذ المراد إثبات اليد بالفعل، ولا يكفي قبول الإثبات كما أشار إليه في الدرر بقوله: وحفظ شيء بدون إثبات اليد عليه محال. تأمل فتال. وأجاب عنه أبو السعود[2]. **قوله: (فلو أودع صبياً) قال الرملي في حاشية المنح**: ويستثنى من إيداع الصبي ما إذا أودع صبي محجور مثله وهي ملك غيرهما فللمالك تضمين الدافع والآخذ. كذا في الفوائد الزينية. مدني. وانظر حاشية الفتال. **قوله: (ضمن بعد عتقه)** أي: لو بالغاً وإلا فلا ضمان.

فرع: قال في الهامش: لو احتاج إلى نقل العيال أو لم يكن له عيال فسافر بها لم يضمن، وهذا لو عين المكان، فلو لم يعين بأن قال: احفظ هذا ولم يقل في مكان كذا فسافر به، فلو كان الطريق مخوفاً ضمن بالإجماع، وإلا لا عندنا، كالأب أو الوصي لو سافر بمال الصبي، وهذا إذا لم يكن حمل ومؤنة. جامع الفصولين. فلو كان لها حمل ومؤنة وقد أمر بالحفظ مطلقاً، فلو كان لا بد له من السفر وقد عجز عن حفظه في المصر الذي أودعه فيه لم يضمن بالإجماع، فلو له بد من السفر فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله قريباً أو بعيداً، وعن أبي يوسف رحمه الله: ضمن لو بعيداً لا لو قريباً، وعن محمد: ضمن في الحالين. جامع الفصولين. المودع بأجر ليس له أن يسافر بها لتعيين مكان العقد للحفظ. جامع الفصولن. **قوله: (عند الطلب)** إلا في مسائل ستأتي. **قوله: (بأجر)** سيأتي أن الأجير المشترك لا يضمن وإن شرط عليه الضمان، وأيضاً قول المتن هنا: «واشتراط إلخ» يرد عليه، وهذا مع الشرط فكيف مع عدمه. وفي البزازية: دفع إلى صاحب

---

(1) **قال الرافعي: قول الشارح: (فلو أودع صبياً فاستهلكها لم يضمن إلخ)** لأن الصبي من عادته تضييع الأموال، فإذا سلمه إليه مع علمه بهذه العادة فكأنه رضي بالإتلاف بخلاف العبد البالغ، فإنه ليس من عادته ذلك، وهو محجور عليه في الأقوال في حق سيده والمالك لما سلطه على الحفظ وقبله العبد كان ذلك من قبيل الأقوال، فإذا عتق ظهر الضمان في حقه لتمام رأيه.

(2) **قال الرافعي: قوله: (وأجاب عنه أبو السعود)** بقوله: أقول: ليس المراد من جعل القابلية شرطاً عدم اشتراط إثبات اليد بالفعل، بدليل التعليل والتفريع اللذين ذكرهما الشارح.

أشباه معزياً للزيلعي (مطلقاً) سواء أمكن التحرّز أم لا، هلك معها شيء أم لا لحديث الدارقطني: «ليس على المستودع غير المغل ضمان»[١].

(واشتراط الضمان على الأمين) كالحماميّ والخاني (باطل، به يفتى) خلاصة وصدر الشريعة (وللمودع حفظها بنفسه وعياله) كما له (وهم من يسكن معه حقيقة أو حكماً لا من يمونه) فلو دفعها لولده المميز أو زوجته لا يسكن معهما ولا ينفق عليهما لم يضمن. خلاصة. وكذا لو دفعتها لزوجها، لأن العبرة للمساكنة لا للنفقة. وقيل يعتبران معاً. عيني.

(وشرط كونه) أي: من في عياله (أميناً) فلو علم خيانته ضمن. خلاصة (و) جاز (لمن في عياله الدفع لمن في عياله، ولو نهاه عن الدفع إلى بعض من في عياله

الحمام واستأجره وشرط عليه الضمان إذا تلف قد ذكرنا أنه لا أثر له فيما عليه الفتوى. سائحاني. وانظر حاشية الفتال، وقد يفرق بأنه هنا مستأجر على الحفظ قصداً، بخلاف الأجير المشترك فإنه مستأجر على العمل. تأمل. قوله: (للزيلعي) ومثله في النهاية والكفاية وكثير من الكتب. رملي على المنح. قوله: (غير المغل) أي: الخائن. كذا في الهامش. قوله: (كالحمامي) أي: معلم الحمام، وأما من جرى العرف بأنه يأخذ في مقابلة حفظه أجرة يضمن لأنه وديع بأجرة، لكن الفتوى على عدمه. سائحاني. قوله: (فلو دفعها) تفريع على قوله: «أو حكماً» قوله: (لولده المميز) بشرط أن يكون قادراً على الحفظ. بحر عن الخلاصة. قوله: (ضمن) أي: بدفعها له، وكذا لو تركه في بيته الذي فيه ودائع الناس وذهب فضاعت ضمن. بحر عن الخلاصة. قوله: (في عياله) الضمير في عياله الأخير يصح أن يرجع للعيال الأول وبه صرح الشرنبلالي، ويصح أن يرجع إلى المودع وبه صرح المقدسي، وفيه لا يشترط في الأبوين كونهما في عياله، وبه يفتى، ولو أودع غير عياله وأجاز المالك خرج من البين، ولو وضع في حرز غيره بلا استئجار يضمن، ولو آجر بيتاً من داره ودفعها: أي: الوديعة إلى المستأجر: إن كان لكل منهما غلق على حدة يضمن، وإن لم يكن وكل منهما يدخل على صاحبه من غير حشمة لم يضمن، وفي سكوتهم عن الدفع لعيال المودع إشارة إلى أنه لا يملكه، ونقل شيخنا اختلافاً وترجيح الضمان. سائحاني. وأراد بشيخنا أبا السعود.

فرع: لو قال: ادفعها لمن شئت يوصلها إليّ فدفعها إلى أمين فضاعت: قيل يضمن، وقيل لا يضمن تاترخانية سائحاني.

فرع: حضرتها الوفاة فدفعت الوديعة إلى جارتها فهلكت عند الجارة، قال البلخي: إن لم

---

(١) رواه الدارقطني في سننه ورواه البيهقي في سننه.
انظر: منتخب كنز العمال: ٦/ ٥٦٧.

فدفع إن وجد بداً منه) بأن كان له عيال غيره. ابن ملك (ضمن وإلا لا، وأن حفظها بغيرهم ضمن) وعن محمد: إن حفظها بمن يحفظ ماله كوكيله ومأذونه وشريكه مفاوضة وعناناً جاز، وعليه الفتوى. ابن ملك. واعتمده ابن الكمال وغيره وأقره المصنف (إلا إذا خاف الحرق أو الغرق) وكان غالباً محيطاً، فلو غير محيط ضمن (فسلمها إلى جاره أو) إلى (فلك آخر) إلا إذا أمكنه دفعها لمن في عياله أو ألقاها فوقعت في البحر ابتداء أو بالتدحرج ضمن. زيلعي (فإن ادعاه) أي: الدفع لجاره أو فلك آخر (صدق إن علم وقوعه) أي: الحرق (ببيته) أي: بدار المودع (وإلا) يعلم وقوع الحرق في داره (لا) يصدق إلا ببينة فحصل بين كلامي الخلاصة والهداية التوفيق. وبالله التوفيق.

(ولو منعه الوديعة ظلماً بعد طلبه) لرد وديعته فلو لحملها إليه لم يضمن. ابن ملك. بنفسه، ولو حكماً كوكيله بخلاف رسوله[1] ولو بعلامة منه على الظاهر

يكن بحضرتها عند الوفاة أحد ممن يكون في عياله لا يضمن، كما لو وقع الحريق في دار المودع له دفعها لأجنبي. خانية. قوله: (وعليه الفتوى) ونقله في البحر عن النهاية وقال قبله: وظاهر المتون: أن كون الغير في عياله شرط، واختاره في الخلاصة. قوله: (وكان غالباً محيطاً) وفي التاترخانية عن التتمة: وسئل حميد الوبري عن مودع وقع الحريق ببيته، ولم ينقل الوديعة إلى مكان آخر إن مع تمكنه منه فتركها حتى احترقت ضمن اهـ. ومثله ما لو تركها حتى أكلها العث كما يأتي في النظم. ذكر محمد في حريق وقع في دار المودع فدفعها إلي أجنبي لم يضمن، فلو خرج من ذلك ولم يستردها ضمن. وتمامه في نور العين. وفي جواهر الفتاوى: وإذا دفع الوديعة لآخر لعذر فلم يسترد عقب زواله فهلكت عند الثاني لا يضمن، لأن المودع يضمن بالدفع، ولما لم يضمن به للعذر لا يضمن بالترك، يدل عليه لو سلمها إلى عياله وتركها عندهم لا يضمن للإذن، وكذا الدفع هنا مأذون فيه اهـ ملخصاً. قوله: (أو ألقاها) أي: في السفينة. قوله: (كلامي الخلاصة إلخ) نص الخلاصة: إذا علم أنه وقع الحريق في بيته قبل قوله وإلا فلا. وعبارة الهداية أنه لا يصدق إلا ببينة. قال في المنح: ويمكن حمل كلام الهداية على ما إذا لم يعلم بوقوع الحريق في بيته، وبه يحصل التوفيق ومن ثم عولنا عليه في المختصر ح. قوله: (كوكيله) في الخلاصة: المالك إذا طلب الوديعة فقال المودع: لا يمكنني أن أحضرها الساعة فتركها وذهب: إن تركها عن

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (كوكيله بخلاف رسوله) التفرقة بين الوكيل والرسول غير مناسبة، فإن ظاهر المذهب أنه لا يضمن بالمنع لهما، ومقابله أنه يضمن فيهما والتفرقة بينهما تلفيق بينهما، ثم رأيت السندي نقل عن «فتاوى النسفي» في فروع الوديعة عند قوله: ليس للسيد أخذ وديعة العبد أنه يضمن بالمنع عن الرسول.

(قادراً على تسليمها ضمن وإلا) بأن كان عاجزاً أو خاف على نفسه أو ماله بأن كان مدفوناً معها. ابن ملك (لا) يضمن كطلب الظالم (فلو كانت الوديعة سيفاً أراد صاحبه أن يأخذه ليضرب به رجلاً فله المنع من الدفع) إلى أن يعلم أنه ترك الرأي الأول وأنه ينتفع به على وجه مباح. جواهر (كما لو أودعت) المرأة (كتاباً فيه إقرار منها للزوج بمال أو بقبض مهرها منه) فله منعه منها لئلا يذهب حق الزوج. خانية.

رضا فهلكت لا يضمن، لأنه لما ذهب فقد أنشأ الوديعة، وإن كان عن غير رضا يضمن. ولو كان الذي طلب الوديعة وكيل المالك يضمن، لأنه ليس له إنشاء الوديعة، بخلاف المالك اهـ. وهذا صريح في أنه يضمن بعدم الدفع إلى وكيل المالك كما لا يخفى.

وفي الفصول العمادية معزياً إلى الظهيرية: ورسول المودع إذا طلب الوديعة فقال: لا أدفع إلا للذي جاء بها ولم يدفع إلى الرسول حتى هلكت ضمن، وذكر في فتاوى القاضي ظهير الدين هذه المسألة، وأجاب نجم الدين أنه يضمن، وفيه نظر بدليل أن المودع إذا صدق من ادعى أنه وكيل بقبض الوديعة، فإنه قال في الوكالة: لا يؤمر بدفع الوديعة إليه، ولكن لقائل أن يفرق[1] بين الوكيل والرسول لأن الرسول ينطق على لسان المرسل، ولا كذلك الوكيل. ألا ترى أنه لو عزل الوكيل قبل علم الوكيل بالعزل لا يصح، ولو رجع عن الرسالة قبل علم الرسول صح. كذا في فتاواه اهـ منح.

قال محشيه الرملي في حاشية البحر: ظاهر ما في الفصول أنه لا يضمن في مسألة الوكيل فهو مخالف للخلاصة، ويتراءى لي التوفيق بحمل ما في الخلاصة على ما إذا قصد الوكيل إنشاء الوديعة عند المودع بعد منعه ليدفع له في وقت آخر، وما في الفصول والتجنيس على ما إذا منع ليؤدي إلى المودع بنفسه، ولذا قال في جوابه: لا أدفع إلا للذي جاء بها. وتمامه فيها. قوله: (كطلب الظالم) الظاهر: أن المراد بالظالم هنا المالك، لأن الكلام في طلبه هو فما بعده مفرع عليه: أعني قوله: «فلو كانت إلخ» يدل عليه قول المصنف في المنح: «لما فيه من الإعانة على الظلم».

فرع: ذكره في الهامش: مرضت الدابة الوديعة فأمر المودع إنساناً فعالجها ضمن المالك أيهما شاء، فلو ضمن المودع لا يرجع على المعالج، ولو ضمن المعالج يرجع على المودع علم أنها للغير أو لا[2]، إلا إن قال المودع: ليست لي أو لم آمره بذلك فحينئذ لا يرجع. كذا في جامع

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ولكن لقائل أن يفرق إلخ) هذا الفرق واه.

(2) قال الرافعي: قوله: (علم أنها للغير أو لا) مقتضى ما يأتي آخر الغصب أنه لا رجوع للمأمور مع علمه أنها للغير، فلتنظر عبارة «الفصولين» وستأتي هذه المسألة في الوديعة، فانظرها فيها، وقد أزال الإشكال عنها في «التكملة».

(ومنه) أي: من المنع ظلماً (موته) أي: موت المودع (مجهلاً فإنه يضمن) فتصير ديناً في تركته إلا إذا علم أن وارثه يعلمها فلا ضمان، ولو قال الوارث: أنا علمتها وأنكر الطالب: إن فسرها وقال: هي كذا وأنا علمتها وهلكت صدق، هذا وما لو كانت عنده سواء، إلا في مسألة وهي أن الوارث إذا دل السارق على الوديعة لا يضمن، والمودع إذا دل ضمن. خلاصة. إلا إذا منعه من الأخذ حال الأخذ (كما في سائر الأمانات) ....

الفضولين. قوله: (المودع) بالفتح. قوله: (مجهلاً) أما بتجهيل المالك فلا ضمان[1] والقول للمودع بيمينه بلا شبهة. قال الحانوتي: وهل من ذلك الزائد في الرهن على قدر الدين؟ اهـ.

أقول: الظاهر أنه منه لقولهم: ما تضمن به الوديعة يضمن به الرهن، فإذا مات مجهلاً يضمن ما زاد وقد أفتيت به. رملي ملخصاً. قوله: (فإنه يضمن) قال في مجمع الفتاوى: المودع أو المضارب أو المستعير أو المستبضع وكل من كان المال بيده أمانة إذا مات قبل البيان ولم تعرف الأمانة بعينها فإنه يكون ديناً عليه في تركته، لأنه صار مستهلكاً للوديعة بالتجهيل، ومعنى موته مجهلاً أن لا يبين حال الأمانة كما في الأشباه. وقد سئل الشيخ عمر بن نجيم عما لو قال المريض: عندي ورقة في الحانوت لفلان ضمنها دراهم لا أعرف قدرها فمات ولم توجد، فأجاب بأنه من التجهيل لقوله في البدائع: هو أن يموت قبل البيان ولم تعرف الأمانة بعينها اهـ. قال بعض الفضلاء: وفيه تأمل[2]، فتال ملخصاً. قوله: (إلا إذا علم) أي: المجهل، وإذا قال الوارث: ردها في حياته أو تلفت في حياته لم يصدق بلا بينة، ولو برهن أن المودع قال في حياته رددتها يقبل. سائحاني. قوله: (عنده) أي: عند المودع بالفتح وادعى المودع هلاكها، والمقصود أن الوارث كالمودع بالفتح فيقبل قوله في الهلاك إذا فسرها فهو مثله، إلا أنه خالفه في مسألة قال ربها: مات المودع مجهلاً وقال ورثته: كانت قائمة يوم موته ومعروفة ثم هلكت بعد موته صدق ربها هو الصحيح، إذ الوديعة صارت ديناً في التركة في الظاهر فلا يصدق الورثة، ولو قال ورثته: ردها في حياته أو تلفت في حياته لا يصدقون بلا بينة لموته مجهلاً، فتقرر الضمان في التركة، ولو برهنوا أن المودع قال في حياته رددتها تقبل، إذ الثابت ببينة كالثابت بعيان. جامع الفصولين عن الذخيرة. قوله: (إلا إذا إلخ) استثناء من قوله: «والمودع إذا دل ضمن» قال ط في الخلاصة: المودع إنما يضمن إذا دل السارق على الوديعة إذا لم يمنعه من الأخذ حال الأخذ، فإن منعه لم يضمن. قوله: (منعه) أي: المودع السارق فأخذ كرهاً. فصولين. قوله: (سائر الأمانات) ومنها

---

(1) قال الرافعي: قوله: (أما بتجهيل المالك فلا ضمان إلخ) عبارة الرملي كما في السندي: وهذا كله بموت المودع بالفتح، وأما بموت المودع بالكسر مجهلاً فلا ضمان إلخ.

(2) قال الرافعي: قوله: (قال بعض الفضلاء وفيه تأمل) لم يظهر وجهه كما في التكملة.

فإنها تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل كشريك ومفاوض (إلا في) عشر على ما في الأشباه:

منها: (ناظر أودع غلات الوقف ثم مات مجهلاً) فلا يضمن، قيد بالغلة لأن الناظر لو مات مجهلاً لمال البدل ضمنه. أشباه: أي: لثمن الأرض المستبدلة.

الرهن إذا مات المرتهن مجهلاً يضمن قيمة الرهن في تركته كما في الأنقروي: أي: يضمن الزائد كما قدمناه عن الرملي، وكذا الوكيل إذا مات مجهلاً ما قبضه كما يؤخذ مما هنا، وبه أفتى الحامدي بعد الخيري، وفي إجارة البزازية: المستأجر يضمن بالموت مجهلاً. سائحاني. قوله: (بالموت) ويكون أسوة للغرماء بيري على الأشباه. قوله: (ومفاوض) وكمرتهن أنقروي. كذا في الهامش. قوله: (على ما في الأشباه) وعبارتها: الوصي إذا مات مجهلاً فلا ضمان عليه كما في جامع الفصولين، والأب إذا مات مجهلاً مال ابنه، والوارث إذا مات مجهلاً ما أودع عند مورثه، وإذا مات مجهلاً لما ألقته الريح في بيته أو لما وضعه مالكه في بيته بغير علمه، وإذا مات الصبيّ مجهلاً لما أودع عنده محجوراً اهـ ملخصاً. فهي سبعة[1] وذكر المصنف ثلاثة فهي عشرة. قوله: (أودع) عبارة الدرر: «قبض» وهي أولى. تأمل. قوله: (غلات الوقف) أقول: هكذا وقع مطلقاً في الولوالجية والبزازية: وقيده قاضيخان بمتولي المسجد إذا أخذ غلات المسجد ومات من غير بيان اهـ.

أقول: أما إذا كانت الغلة مستحقة لقوم بالشرط فيضمن مطلقاً، بدليل اتفاق كلمتهم فيما إذا كانت الدار وقفاً على أخوين غاب أحدهما وقبض الآخر غلتها تسع سنين ثم مات الحاضر وترك وصياً ثم حضر الغائب وطالب الوصي بنصيبه من الغلة، قال الفقيه أبو جعفر: إذا كان الحاضر الذي قبض الغلة هو القيم إلا أن الأخوين[2] آجرا جميعاً فكذلك، وإن آجر الحاضر كانت الغلة كلها له في الحكم ولا يطيب له اهـ كلامه.

أقول: ويلحق بغلة المسجد ما إذا شرط ترك شيء في يد الناظر للعمارة، والله تعالى أعلم. بيري على الأشباه. قال الحقير: وهذا مستفاد من قولهم: غلات الوقف وما قبض في يد الوكيل ليس غلة الوقف بل هو مال المستحقين بالشرط. قال في الأشباه من القول في الملك: وغلة

---

(1) قال الرافعي: قوله: (فهي سبعة إلخ) الذي تفيده عبارة «المنح» أن «الأشباه» ذكر عشر صور منها أربعة معلومة ذكرها غيره مجموعة وزاد ستة مفرقة من كتب اهـ، وهكذا رأيته في «الأشباه» ذكر أولاً بالتلفيق ما إذا مات الناظر مجهلاً أو القاضي أو السلطان أو أحد المتفاوضين، ثم ذكر الستة التي ذكرها عنه المحشي.

(2) قال الرافعي: قوله: (هو القيم إلا أن الأخوين إلخ) فيه سقط، وأصله: هو القيم على هذا الوقف كان للغائب أن يرجع في تركة الميت بحصته من الغلة، وإن لم يكن الحاضر الذي قبض الغلة هو القيم على هذا الوقف، إلا أن الأخوين إلخ.

قلت: فلعين الوقف بالأولى كالدراهم الموقوفة على القول بجوازه، قاله المصنف وأقره ابنه في الزواهر وقيد موته بحثاً بالفجأة، فلو بمرض ونحوه ضمن لتمكنه من بيانها فكان مانعاً لها ظلماً فيضمن، ورد ما بحثه في أنفع الوسائل، فتنبه.

(و) منها: (قاض مات مجهلاً لأموال اليتامى) زاد في الأشباه: عند من أودعها، ولا بد منه، لأنه لو وضعها في بيته ومات مجهلاً ضمن لأنه مودع، بخلاف ما لو أودع غيره لأن للقاضي ولاية إيداع مال اليتيم على المعتمد كما في تنوير البصائر، فليحفظ.

(و) ومنها: (سلطان أودع بعض الغنيمة عند غازٍ ثم مات مجهلاً) وليس منها مسألة أحد المتفاوضين على المعتمد لما نقله المصنف هنا، وفي الشركة عن وقف

الوقف يمكلها الموقوف عليه وإن لم يقبل اهـ ملخصاً من مجموعة منلا علي، آخر كتاب الوقف، نقل ذلك حيث سئل عن وكيل المتولى إذا مات مجهلاً هل يضمن.

قلت: وقد ذكر في البحر في باب دعوى الرجلين أن دعوى الغلة من قبيل دعوى الملك فراجعه، وأشرنا إليه ثم فراجعه، وبه علم أن إطلاق المصنف والشارح في محل التقييد[1] ويفيده عبارة أنفع الوسائل الآتية، فتنبه. قوله: (المصنف) أي: في المنح. قوله: (ابنه) الشيخ صالح. قوله: (بالفجأة) لعدم تمكنه من البيان فلم يكن حابساً ظلماً.

قلت: هذا مسلم لو مات فجأة عقب القبض. تأمل. قوله: (في أنفع الوسائل) من أنه إن حصل طلب المستحقين وأخر حتى مات مجهلاً ضمن، وإن لم يطلبوا: فإن محموداً معروفاً بالأمانة لا يضمن، وإلا ولم يعطهم بلا مانع شرعي ضمن.

وحاصل الرد: أنه مخالف لما عليه أهل المذهب من الضمان مطلقاً محموداً أو لا وأفتى في الإسماعيلية بضمان الناظر إذا مات بعد ما طلب المستحق استحقاقه فمنعه منه ظلماً، ووجهه ظاهر: لأن الأمانة تضمن بالمنع. قوله: (ومنها قاض) لو قال القاضي في حياته: ضاع مال اليتيم عندي أو قال: أنفقتها على اليتيم لا ضمان عليه، ولو مات قبل أن يقول شيئاً كان ضامناً. خانية في الوقف. كذا في الهامش. قوله: (ضمن) لعل وجه الضمان كونها لا تتخطى الورثة فالغرم

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وبه علم أن إطلاق المصنف والشارح في محل التقييد إلخ) الذي تحرر لنا في هذه المسألة اعتماد إطلاق عباراتهم في عدم الضمان ولو لغلة غير المسجد كما يظهر ذلك بالاطلاع على أطراف كلماتهم، وقد أفتى ابن عبد العال شيخ صاحب «البحر» في ناظر على وقف غلته مستحقة لقوم معلومين بعدم ضمانه بموته مجهلاً، وليس في قولهم غلات الوقف ولا في عبارة «أنفع الوسائل» ما يفيد التقييد، بل ما فيها يدل على أن الوقف على مستحقين.

الخانية أن الصواب: أنه يضمن نصيب شريكه بموته مجهلاً، وخلافه غلط.

قلت: وأقره محشوها فبقي المستثنى تسعة فليحفظ. وزاد الشرنبلالي في شرحه للوهبانية على العشرة تسعة: الجد ووصيه ووصي القاضي وستة من المحجورين، لأن الحجر يشمل سبعة، فإنه لصغر ورقّ وجنون وغفلة ودين وسفه وعته، والمعتوه كصبيّ وإن بلغ ثم مات لا يضمن، إن أن يشهدوا أنها كانت في يده بعد بلوغه لزوال المانع وهو الصبا، فإن كان الصبي والمعتوه مأذوناً لهما ثم ماتا قبل البلوغ والإفاقة ضمنا. كذا في شرح الجامع الوجيز. قال: فبلغ تسعة عشر، ونظم عاطفاً على بيتي الوهبانية بيتين وهي:

وَكُلُّ أَمِينٍ مَاتَ وَالْعَيْنَ يحصَرُ ... وَمَا وَجَدت عَيْناً فَدَيْناً تُصَيَّر

سِوَى مُتَوَلِّي الوَقْفِ ثُمَّ مُفَاوِضٍ ... وَمُودِعِ مَالِ الغُنْمِ وَهُوَ المُؤَمَّرُ

وَصَاحِبِ دَارٍ أَلْقَتِ الرِّيحُ مِثْلَ مَا ... لَوْ أَلْقَاهُ مَلاَّكٌ بِهَا لَيْسَ يَشْعُرُ

بالغنم، ويظهر من هذا أن الوصي إذا وضع مال اليتيم في بيته ومات مجهلاً يضمن، لأن ولايته قد تكون مستمدة من القاضي أو الأب فضمانه بالأولى. وفي الخيرية وفي الوصي قول بالضمان. سائحاني. **قوله:** (وأقره) أي: الصواب. **قوله:** (محشوها) أي: الأشباه. **قوله:** (تسعة) بإخراج أحد المفاوضين. **قوله:** (ووصيه إلخ) داخل في قول الأشباه الوصي، إلا أن يقال: حمله على وصي الأب لبيان التفصيل قصداً للإيضاح. تأمل. **قوله:** (وستة من المحجورين) وهم ما عدا الصغير وإنما أسقطه لأنه مذكور في الأشباه، ومراده الزيادة على ما في الأشباه، فافهم. **قوله:** (يشمل سبعة) لينظر الخارج من السبعة حتى صارت ستة. **قوله:** (فإنه لصغر) مسألة الصغير من العشرة التي في الأشباه إلا أن يقال: عدها هنا باعتبار، **قوله:** وإن بلغ ثم مات لا يضمن. تأمل، ثم ظهر لي أن مراده مجرد عد المحجورين سبعة، وأن مراده بستة منهم ما عدا الصغير لأنه مذكور في الأشباه، ولذا قال: وستة من المحجورين. **قوله:** (ودين) بفتح الدال وسكون الياء. **قوله:** (كصبي) لعله قصد بهذا التشبيه الإشارة إلى ما يأتي عن الوجيز. تأمل. **قال في تلخيص الجامع:** أودع صبياً محجوراً يعقل ابن اثنتي عشرة سنة ومات قبل بلوغه مجهلاً لا يجب الضمان س. **قوله:** (وإن بلغ) أي: الصبي. **قوله:** (يحصر) أي: يحفظ مفعوله العين قبله. **قوله:** (تصير) بالبناء للمجهول. **قوله:** (مفاوض) خلاف المعتمد كما قدمه. **قوله:** (ومودع) بكسر الدار والمؤمر بتشديد الميم الثانية. **قوله:** (لو ألقاه) بفتح الواو ووصلها باللام. **قوله:** (بها) أي: بالدار. **قوله:** (يشعر) تبع فيه صاحب الأشباه حيث قال: بغير علمه. واعترضه الحموي بأن الصواب: بغير أمره كما في شرح الجامع، إذ يستحيل تجهيل ما لا يعلمه اهـ. فكان عليه أن يقول في النظم: ليس

كَـذَا وَالِـدٌ جَـدٌ وَقَـاضٍ وَصِيُّـهُـمْ جميعاً وَمَحْجُورٌ فَوَارِثُ يَسْطُرُ

(وكذا لو خلطها المودع) بجنسها أو بغيره (بماله) أو مال آخر. ابن كمال (بغير إذن) المالك (بحيث لا تتميز) إلا بكلفة كحنطة بشعير ودراهم جياد بزيوف. مجتبى (ضمنها) لاستهلاكه بالخلط لكن لا يباح تناولها قبل أداء الضمان[1] وصح الإبراء ولو خلطه برديء ضمنه لأنه عيبه، وبعكسه شريك..................

يأمر. قوله: (كذا والد) برفعه وتنوينه كجد. قوله: (وقاض) بحذف يائه وتنوينه. قوله: (وصيهم) برفعه. قوله: (ومحجور) إن كان المراد من المحجور ستة[2] كما قدمه يكن الموجود في النظم سبعة عشر. تأمل. قوله: (فوارث) إذا مات مجهلاً لما أخبره المورّث به من الوديعة. قوله: (وكذا لو خلطها) ولو خلط المتولي ماله بمال الوقف لم يضمن. وفي الخلاصة ضمن، وطَريق خروجه من الضمان الصرف في حاجة المسجد أو الدفع إلى الحاكم. منتقى. القاضي لو خلط مال صبي بماله لم يضمن، وكذا سمسار خلط مال رجل بمال آخر، ولو بماله ضمن، وينبغي أن يكون المتولي كذلك، ولا يضمن الوصي بموته مجهلاً ولو خلط بماله ضمن يقول الحقير: وقد مر نقلاً عن المنتقى أيضاً أن الوصي لو خلط ماله بمال اليتيم لم يضمن. وفي الوجيز أيضاً: قال أبو يوسف: إذا خلط الوصي مال اليتيم بماله فضاع لا يضمن نور العين أواخر السادس والعشرين وبخط السائحاني عن الخيرية. وفي الوصي قول بالضمان اهـ. قلت: فأفاد أن المرجح عدمه.

والحاصل: أن من لا يضمن بالخلط بماله المتولي والقاضي والسمسار بمال رجل آخر والوصي، وينبغي أن الأب كذلك يؤيده ما في جامع الفصولين[3]: لا يصير الأب غاصباً بأخذ مال ولده وله أخذه بلا شيء لو محتاجاً، وإلا فلو أخذه لحفظه فلا يضمن إلا إذا أتلفه بلا حاجة اهـ. بل هو أولى من الوصي. تأمل والمراد بقوله: «ولده» الولد الصغير كما قيده في الفصول العمادية. قوله: (لا تتميز) فلو كان يمكن الوصول إليه على وجه التيسير كخلط الجوز باللوز والدراهم السود بالبيض فإنه لا ينقطع حق المالك إجماعاً. واستفيد منه أن المراد بعدم التمييز عدمه على وجه التيسير لا عدم إمكانه مطلقاً. بحر. قوله: (لاستهلاكه) وإذا ضمنها ملكها، ولا تباح له قبل أداء الضمان، ولا سبيل للمالك عليها عند أبي حنيفة، ولو أبرأه سقط حقه من العين والدين. بحر. قوله: (خلطه) أي: الجيد. قوله: (شريك) نقل نحوه المصنف عن المجتبى، ولعل ذلك

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (قبل أداء الضمان) أو الإبراء أو الحكم عليه به.

(2) قال الرافعي: قوله: (إن كان المراد من المحجور ستة إلخ) بل المراد جميع أقسام المحجور السبعة، وعلى تقدير أن المراد ستة يكون ما في النظم ثمانية عشر تأمل.

(3) قال الرافعي: قوله: (يؤيده ما في «جامع الفصولين» إلخ) ليس فيما نقله عن «الفصولين» ما يؤيد أن الأب كالوصي.

لعدمه. مجتبى (وإن بإذنه اشتركا) شركة أملاك (كما لو اختلطت بغير صنعه) كأن انشق الكيس لعدم التعدي، ولو خلطها غير المودع ضمن الخالط ولو صغيراً ولا يضمن أبوه. خلاصة (ولو أنفق بعضها فرد مثله فخلطه بالباقي) خلطاً لا يتميز معه (ضمن) الكل لخلط ماله بها، فلو تأتى التمييز أو أنفق ولم يرد أو أودع وديعتين فأنفق إحداهما ضمن ما أنفق فقط. مجتبى. وهذا إذا لم يضره التبعيض[1] (وإذا تعدى عليها فلبس ثوبها أو ركب دابتها أو أخذ بعضها ثم) رد عينه إلى يده حتى (زال التعدي زال) ما يؤدي إلى (الضمان) إذا لم يكن من نيته العود إليه. أشباه من شروط النية ....

في غير الوديعة[2] أو قول مقابل لما سبق من أن الخلط في الوديعة يوجب الضمان مطلقاً إذا كان لا يتميز ط. قوله: (لعدمه) أي: التعيب المفهوم من عيبه. قوله: (بغير صنعه) فإن هلك هلك من مالهما جميعاً، ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما كالمال المشترك. بحر. قوله: (غير المودع) سواء كان أجنبياً أو من في عياله. بحر عن الخلاصة. قوله: (فرد مثله) ابن سماعة عن محمد في رجل أودع رجلاً ألف درهم فاشترى بها ودفعها ثم استردها بهبة أو شراء وردها إلى موضعها فضاعت لم يضمن: وروي عن محمد أو قضاها غريمه بأمر صاحب الوديعة فوجدها زيوفاً فردها على المودع فهلكت ضمن تاترخانية. قوله: (الكل) البعض بالإنفاق والبعض بالخلط. س بحر. قوله: (التمييز) أي: كخلط الدراهم السود بالبيض أو الدراهم بالدنانير، فإنه لا يقطع حق المالك بالإجماع. مسكين س. قوله: (ولم يردّ) بتشديد الدال. قوله: (أو أودع) بضم الهمزة. قوله: (وهذا) مرتبط بقوله: أو أنفق ولم يرد كما في البحر. قال ط: ولم أر فيما إذا فعل ذلك فيما يضره التبعيض هل يضمن الجميع أو ما أخذ ونقصان ما بقي، فيحرر. قوله: (التبعيض) كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون. قوله: (أشباه) عبارتها: أن المودع إذا تعدى ثم زال التعدي ومن نيته أن يعود إليه لا يزول التعدي اهـ. كذا في الهامش. قوله: (من شروط النية) وذكره هنا في البحر عن الظهيرية قال: حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلاً ومن عزمه أن يلبسه

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (وهذا إذا لم يضره التبعيض) ظاهره أنه لو أنفق بعض الوديعة مما يضره التبعيض، ثم هلك الباقي أنه يضمن الجميع أو يضمن ما أخذ ونقصان ما بقي اهـ. سندي.

(2) قال الرافعي: قوله: (ولعل ذلك في غير الوديعة إلخ) وقال السندي: ولا يخفى أن صاحب «المجتبى» ذكر أولاً أن خلط الوديعة بماله حتى لا تتميز يضمنها، ولا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة وعندهما شركة إلى أن ذكر ولو صب الرديء على جيد يضمن مثل الجيد، وفي عكسه كان شريكاً فقد فرعه على قولهما بأن الخلط سبب، ثم استثنى منها ما إذا خلط الرديء بالجيد وهو صحيح، وأما ذكر الشارح له هنا مع اقتصاره على قوله فلا معنى له، لأنه إذا خلطه ملكه ووجب ضمانه اهـ.

(بخلاف المستعير والمستأجر) فلو أزالاه لم يبرآ لعملهما لأنفسهما، بخلاف مودع ووكيل بيع أو حفظ أو إجارة أو استئجار ومضارب ومستبضع وشريك عنان أو مفاوضة ومستعير لرهن. أشباه.

والحاصل: أن الأمين إذا تعدى ثم أزاله لا يزول الضمان إلا في هذه العشرة، لأن يده كيد المالك، ولو كذبه في عوده للوفاق فالقول له، وقيل للمودع. عمادية (و) بخلاف (إقراره بعد جحوده) أي: جحود الإيداع، حتى لو ادعى هبة أو بيعاً لم يضمن. خلاصة. ....

نهاراً ثم سرق ليلاً لا يبرأ عن الضمان. قوله: (والمستأجر) مستأجر الدابة أو المستعير لو نوى أن لا يردها ثم ندم: لو كان سائراً عند النية ضمن لو هلكت بعد النية، أما لو كان واقفاً إذا ترك نية الخلاف عاد أميناً. جامع الفصولين. قوله: (فلو أزالاه) أي: التعدي. قوله: (بخلاف مودع إلخ) ولو مأموراً بحفظ شهر فمضى شهر ثم استعملها، ثم ترك الاستعمال وعاد إلى الحفظ ضمن إذا عاد والأمر بالحفظ قد زال. جامع الفصولين. قوله: (ووكيل) بأن استعمل ما وكل ببيعه ثم ترك وضاع لا يضمن. قوله: (أو إجارة) بأن وكله ليؤجر أو يستأجر له دابة فركبها ثم ترك. قوله: (أو مفاوضة) أما شريك الملك فإنه إذا تعدى ثم أزال التعدي لا يزول الضمان كما هو ظاهر لما تقرر أنه أجنبي في حصة شريكه، فلو أعار دابة الشركة فتعدى ثم أزال التعدي لا يزول الضمان، ولو كانت في نوبته على وجه الحفظ فتعدى ثم أزاله يزول الضمان، وهي واقعة الفتوى سئلت عنها فأجبت بما ذكرت وإن لم أرها في كلامهم للعلم بها مما ذكر إذ هو مودع في هذه الحالة، وأما استعمالها بلا إذن الشريك فهي مسألة مقررة مشهورة عندهم بالضمان ويصير غاصباً. زملي على المنح. قوله: (ومستعير لرهن) أي: إذا استعار عبداً ليرهنه أو دابة فاستخدم العبد وركب الدابة قبل أن يرهنها ثم رهنها بمال مثال القيمة ثم قضى المال ولم يقبضها حتى هلكت عند المرتهن لا ضمان على الراهن[1]. لأنه قد برىء عن الضمان حين رهنها. منح. وهذه المسألة مستثناة من قوله: «بخلاف المستعير» كما في البحر. قوله: (ثم أزاله) أي: التعدي. قوله: (في عوده للوفاق إلخ) عبارة نور العين عن مجمع الفتاوى وكل أمين خالف ثم عاد إلى الوفاق عاد أميناً كما كان، إلا المستعير والمستأجر فإنهما بقيا ضامنين اهـ. وهي أولى. تدبر. قوله: (له) أي: للمالك. قوله: (للمودع) بفتح الدال لأنه ينفي الضمان عنه. قوله: (هبة إلخ) أي: أنه وهبها منه أو باعها

(1) قال الرافعي: قوله: (ولم يقبضها حتى هلكت عند المرتهن لا ضمان على الراهن) أي: ضمان التعدي لا ضمان قضاء الدين، لأن الراهن بعدما قضى الدين يرجع بما أدى لأن الرهن لما هلك في يد المرتهن صار مستوفياً حقه من مالية الرهن، فيرجع المعير على الراهن بما وقع به الإيفاء، كما يأتي له في الرهن عن الكفاية.

وقيد بقوله: (بعد طلب) ربها (ردها) فلو سأله عن حالها فجحدها فهلكت لم يضمن. بحر.

وقيد بقوله: (ونقلها من مكانها وقت الإنكار) أي: حال جحوده، لأنه لو لم ينقلها وقته فهلكت لم يضمن. خلاصة. وقيد بقوله (وكانت) الوديعة (منقولاً) لأن العقار لا يضمن بالجحود عندهما، خلافاً لمحمد في الأصح[1] غصب الزيلعي. وقيد بقوله: (ولم يكن هناك من يخاف منه عليها) فلو كان لم يضمن لأنه من باب الحفظ، وقيد بقوله: (ولم يحضرها بعد جحودها) لأنه لو جحدها ثم أحضرها فقال له ربها: دعها وديعة فإن أمكنه أخذها لم يضمن لأنه إيداع جديد وإلا ضمنها لأنه لم يتم الرد. اختيار. وقيد بقوله: (لمالكها) لأنه لو جحدها لغيره لم يضمن، لأنه من الحفظ، فإذا تمت هذه الشروط لم يبرأ بإقراره إلا بعقد جديد ولم يوجد (ولو جحدها ثم ادعى ردها بعد ذلك وبرهن عليه قبل) وبرىء ....

له. قوله: (بعد طلب) متعلق بجحوده. قوله: (ربها) أفاد في الخانية أن طلب امرأة الغائب وجيران اليتيم من الوصي لينفق عليه من ماله كذلك. سائحاني، ومثله في التاترخانية. قوله: (وقت الإنكار) ظاهره: أنه متعلق بنقلها وهو مستبعد الوقوع. وعبارة الخلاصة: وفي غصب الأجناس إنما يضمن إذا نقلها عن موضعها الذي كانت فيه حال الجحود، وإن لم ينقلها وهلكت لا يضمن اهـ. وهو ظاهر، وعليه فهو متعلق بقوله: «مكانها» وفي المنتقى: لو كانت العارية مما يحول يضمن بالإنكار وإن لم يحولها، وذكر شيخنا عن الشرنبلالية أنه لو جحدها ضمن ولو لم يتحوّل، يؤيده قول البدائع: إن العقد ينفسخ بطلب المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فبقي مال الغير في يده بغير إذنه فيكون مضموناً، فإذا هلك تقرر الضمان. سائحاني.

وفي التاترخانية عن الخانية: ذكر الناطفي: إذا جحد المودع الوديعة بحضرة صاحبها يكون ذلك فسخاً للوديعة، حتى لو نقلها المودع من المكان الذي كانت فيه حالة الجحود يضمن، وإن لم ينقلها من ذلك المكان بعد الجحود فهلكت لا يضمن اهـ. فتأمل. قوله: (خلاصة) لم يقتصر في الخلاصة على هذا، بل نقله عن غصب الأجناس، ثم قال بعده: وفي المنتقى: إذا كانت الوديعة والعارية مما يحول يضمن بالجحود وإن لم يحولها اهـ. وذكر الرملي الظاهر أنه: أي: ما في الأجناس قول لم يظهر لأصحاب المتون صحته فلم ينظروا إليه فراجع المطولات يظهر لك ذلك. قوله: (لمالكها) أو وكيله كما في التاترخانية. قوله: (ولو جحدها إلخ) ولو قال: ليس له عليّ شيء ثم ادّعى الرد أو الهلاك يصدق، ولو قال: لم يستودعني ثم ادّعى الرد أو الهلاك لا يصدق بحر. وكأن وجه الأول أن عليّ للدين فلم يكن منكراً للوديعة. تأمل.

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (لأن العقار لا يضمن بالجحود عندهما خلافاً لمحمد في الأصح) مقابله ما روي عن الإمام من ضمان العقار بالجحود كالمنقول.

(كما لو برهن أنه ردها قبل الجحود وقال غلطت في الجحود أو نسيت أو ظننت أني دفعتها) قبل برهانه، ولو ادعى هلاكها قبل جحوده حلف المالك ما يعلم ذلك[1]، فإن حلف ضمنه، وإن نكل برىء، وكذا العارية. منهاج. ويضمن قيمتها يوم الجحود إن علم وإلا فيوم الإيداع. عمادية. بخلاف مضارب جحد ثم اشترى لم يضمن. خانية ....

وفي جامع الفصولين: طلبها ربها فقال: اطلبها غداً فقال في الغد: تلفت قبل قولي اطلبها غداً ضمن لتناقضه لا بعده. طلبها فقال: أعطيتكها ثم قال: لم أعطكها ولكن تلفت ضمن ولم يصدق للتناقض. ثم قال: وكل فعل يغرم به المودع يغرم به المرتهن. **قوله: (كما لو برهن إلخ)** هكذا نقله في الخانية والخلاصة. ونقل في البحر عن الخلاصة أنه لا يصدق[2]، لكن في عبارته سقط، ويدل عليه أن الكلام في البينة لا في مجرد الدعوى، حتى يقال لا يصدق، وقد راجعت الخلاصة وكتبت السقط على هامش البحر، فتنبه. **قوله: (أني دفعتها)** بفتح همزة: «أني» وكسر نونها مشددة: أي: عند الإيداع. **قوله: (إن علم)** الأصوب علمت: أي: القسمة، ونقل في المنح قبله عن الخلاصة ضمان القيمة يوم الإيداع بدون تفصيل، لكنه متابع في النقل عن الخلاصة لصاحب البحر، وفيما نقله سقط فإن ما رأيته في الخلاصة موافق[3] لما في العمادية، فتنبه. **قوله: (فيوم)** بنصبه مضافاً للإيداع. **قوله: (جحد)** أي: قال لرب المال: لم تدفع إليّ شيئاً. **قوله: (اشترى)** يعني بعدما أقرّ ورجع عن الجحود بأن قال: بلى قد دفعت إليّ، بخلاف ما لو أقر بعد الشراء فيضمن والمبتاع له. منح عن الخانية.

---

(1) **قال الرافعي: قول الشارح (حلف المالك ما يعلم ذلك)** محل التحليف إذا لم ينكر أصل الإيداع لتناقضه حينئذ، بخلاف ما لو أنكر الوديعة فإنه يحلف حينئذ لعدم تناقضه، كذا تفيده عبارة «الهندية» التي نقلها ط، وحينئذ لا فرق في كلام الشارح بين ما إذا أقام المالك بينة على الإيداع أو أقر المودع بعد جحوده الوديعة تأمل، نعم لو أنكر الإيداع ثم ادعى الرد قبل الجحود، وقال: غلطت في الجحود أو نسيت أو ظننت أني دفعتها وعجز عن البرهان على الرد يحلف حينئذ المالك لارتفاع تناقض المودع، كما قبلت بينته حنيئذٍ.

(2) **قال الرافعي: قوله: (ونقل في «البحر» عن «الخلاصة» أنه لا يصدق)** عبارة «الخلاصة» من الفصل الثاني: وإن أقام البينة أنه ردها قبل الجحود وقال: غلطت في الجحود أو نسيت أو ظننت أني دفعته فأنا صادق في قولي لم يستودعني قبلت بينته أيضاً في قياس أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي الأقضية: لو قال: لم يستودعني ثم ادعى الرد أو الهلاك لم يصدق.

(3) **قال الرافعي: قوله: (فإن ما رأيته في «الخلاصة» موافق إلخ)** عبارتها على ما في حاشية «البحر» قضى عليه بقيمته يوم الجحود، فإن قال الشهود: لا تعلم قيمته يوم الجحود لكن قيمته يوم الإيداع كذا قضى عليه بقيمته يوم الإيداع.

(و) المودع (له السفر بها) ولو لها حمل. درر (عند عدم نهي المالك و) عدم (الخوف عليها) بالإخراج فلو نهاه وأخاف فإن له بد من السفر ضمن، وإلا فإن سافر بنفسه ضمن وبأهله لا[1] اختيار (ولو أودعا شيئاً) مثلياً أو قيمياً (لم) يجز أن (يدفع المودع إلى أحدهما حظه في غيبة صاحبه) ولو دفع هل يضمن؟ في الدرر: نعم، وفي البحر: الاستحسان لا، ....

قوله: (فإن له) بتسكين النون. قوله: (وبأهله لا) وأجمعوا على أنه لو سافر بها في البحر يضمن. قاله الإسبيجابي: كذا في العيني. مدني. قوله: (مثلياً أو قيمياً) وخلافهما في الأول قياس على الدين المشترك. بحر. قوله: (لم يجز) قدره بناء على ما سيأتي من أنه لو دفع لم يضمن، فلم يبق المراد بنفي الدفع إلا عدم الجواز، وسيأتي ما فيه. وفي البحر: وأشار بقوله: (لم يدفع) إلى أنه لا يجوز له ذلك حتى لا يأمره القاضي بدفع نصيبه إليه في قول أبي حنيفة، وأما أنه لو دفع لا يكون قسمة اتفاقاً حتى إذا هلك الباقي رجع صاحبه على الآخذ بحصته وإلى أن لأحدهما أن يأخذ حصته منها إذا ظفر بها. قوله: (المودع) بفتح الدال. قوله: (إلى أحدهما) أي: أحد المودعين بكسر الدال. قوله: (في غيبة صاحبه) عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو مروي عن عليّ رضي الله عنه، وقالا له ذلك لأنه طلب نصيبه كما لو حضرا وبه قالت الثلاثة، وإن كانت الوديعة من غير ذوات الأمثال ليس له ذلك إجماعاً، قاله العيني. وفي الدرر: قيل الخلاف في المثليات والقيميات معاً، والصحيح أنه في المثليات فقط اهـ.

فتبين أن ما في المتن والشرح غير الصحيح المجمع عليه[2] شيخنا القاضي عبد المنعم. مدني. قال الفقير محمد البيطار: وأظن أن هذه القولة رجع عنها المؤلف، لأنه شطب عليها شطباً لا يظهر جداً، ورأيتني أني لا أكتبها، لكن وقع في قلبي شيء فأحببت كتابتها والتنبيه عليها فاعلمه بالمراجعة. وفي الهامش وفي الدر المنتقى: لو دفع المودع إلى الحاضر نصفها ثم هلك ما بقي وحضر الغائب، قال أبو يوسف رحمة الله عليه: إن كان الدفع بقضاء فلا ضمان على أحد، وإن كان بغير قضاء، فإن الذي حضر يتبع الدافع بنصف ما دفع[3] ويرجع به الدافع على القابض وإن شاء أخذ من القابض نصف ما قبض. كذا في الذخيرة: فتاوى الهندية من الباب الثاني في الوديعة. فأفاد أن المودع لو دفع الكل لأحدهما بلا قضاء وضمنه الآخر حصته من ذلك فله الرجوع بما ضمنه على

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (وبأهله لا) أي: ولا بد من السفر بهم، كما يفيده ما قالوه.

(2) قال الرافعي: قوله: (فتبين أن ما في المتن والشرح غير الصحيح المجمع عليه) لعل أصل هذه العبارة على المجمع عليه على الصحيح تأمل، لكن المناسب حذف قوله: والشارح.

(3) قال الرافعي: قوله: (يتبع الدافع بنصف ما دفع إلخ) فأبو يوسف وإن قال بجواز دفع المودع حصة الحاضر وصحة هذه القيمة لكن يشترط سلامة الباقي للحاضر، فإذا لم يسلم لا ينتفي الضمان عنه.

فكان هو المختار (فإن أودع رجل عند رجلين ما يقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه) كمرتهنين ومستبضعين ووصيين وعدلي رهن ووكيلي شراء (ولو دفعه) أحدهما (إلى صاحبه ضمن) الدافع (بخلاف ما لا يقسم) لجواز حفظ أحدهما بإذن الآخر (ولو قال: لا تدفع إلى عيالك أو احفظ في هذا البيت فدفعها إلى ما لا بد منه أو حفظها في بيت آخر من الدار فإن كانت بيوت الدار مستوية في الحفظ) أو أحرز[1] (لم يضمن، وإلا ضمن) لأن التقييد مفيد (ولا يضمن مودع المودع) فيضمن الأول فقط إن هلكت بعد مفارقته، وإن قبلها لا ضمان. ولو قال المالك: هلكت عند الثاني وقال: بلا ردها وهلكت عندي لم يصدق، وفي الغصب منه يصدق لأنه أمين.

القابض اهـ. قوله: (هو المختار) قال المقدسي: مخالف لما عليه الأئمة الأعيان[2]، بل غالب المتون عليه متفقون. وقال الشيخ قاسم: اختار النسفي قول الإمام والمحبوبي وصدر الشريعة: أبو السعود عن الحموي. قوله: (ضمن الدافع) أي: النصف فقط كما في الإصلاح وقوله: الدافع: أي: لا القابض لأنه مودع المودع. بحر. قوله: (لا بد منه) أشار إلى أنه لا بد أن تكون الوديعة مما يحفظ في يد من منعه، حتى لو كانت فرساً منعه من دفعها إلى امرأته أو عقد جوهر منعه من دفعه إلى غلامه فدفع ضمن. بحر. قوله: (وإلا ضمن) كما إذا كان ظهر البيت المنهيّ عنه إلى السكة. بحر. قوله: (فقط) أي: في إيداع قصدي. قال في جامع الفصولين: دخل الحمام ووضع دراهم الوديعة مع ثيابه بين يدي الثيابيّ، قال خ: ضمن لإيداع المودع، وقال صط: لا يضمن لأن الإيداع ضمني، وإنما يضمن بإيداع قصدي اهـ. ولو أودع بلا إذن ثم أجاز المالك خرج الأول من البين. بحر عن الخلاصة. قوله: (لم يصدق) لأنه أقرّ بوجوب الضمان عليه ثم ادعى البراءة فلا يصدق إلا ببينة. جامع الفصولين. قوله: (وفي الغصب إلخ) أي: إذا غصبت من الوديع[3] فادعى الوديع الرد يصدق إذ لم يفعل الوديع ما يوجب الضمان، فهو على ما كان أمين عند الرد وقبله وبعده، بخلاف دفعه للأجنبي لأنه موجب للضمان. سائحاني.

فرع: دفع إلى رجل ألف درهم وقال: ادفعها إلى فلان بالريّ فمات الدافع فدفع المودع المال إلى رجل ليدفعه إلى فلان بالري فأخذ في الطريق لا يضمن المودع لأنه وصي الميت[4]،

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (أو أحرز) يعني أو كان البيت الذي حفظها فيه أحرز سندي.

(2) قال الرافعي: قوله: (قال المقدسي: مخالف لما عليه الأئمة الأعيان) وأيضاً قدم قول الإمام في «الخانية» وتقديمه يفيد اختياره.

(3) قال الرافعي: قوله: (أي: إذا غصبت من الوديع إلخ) الظاهر أن المودع يصدق لبراءة نفسه لا لنفي الضمان عن الغاصب إذا أراد المالك تضمينه. تأمل.

(4) قال الرافعي: قوله: (لا يضمن المودع لأنه وصي الميت) فيه تأمل، فإن المودع وكيل وليس في =

سراجية. وفي المجتبى: القصار إذا غلط فدفع ثوب رجل لغيره فقطعه فكلاهما ضامن. وعن محمد: أصاب الوديعة شيء فأمر المودع رجلاً ليعالجها فعطبت من ذلك فلربها تضمين من شاء، لكن إن ضمن المعالج رجع على الأول إن لم يعلم أنها

فلو كان الدافع حياً ضمن المودع لأنه وكيل، إلا أن يكون الآخر في عياله فلا يضمن حينئذ. خانية. برهن عليه أنه دفع إليه عشرة فقال: دفعته إليّ لأدفعه إلى فلان فدفعت يصح الدفع[1]. بزازية من الدعوى. قوله: (على الأول) في جامع الفصولين: ولو ضمن المعالج[2] رجع على المودع علم أنها للغير أو لا، إلا إن قال المودع: ليست لي ولم أؤمر بذلك فحينئذ لا يرجع اهـ. تأمل.

فرع: ولو قال: وضعتها بين يديّ وقمت ونسيتها فضاعت يضمن، ولو قال: وضعتها بين يدي في داري والمسألة بحالها إن مما لا يحفظ في عرصة الدار كصرة النقدين يضمن، ولو كان مما تعد عرصتها حصناً له لا يضمن. بزازية وخلاصة وفصولين وذخيرة وخانية. وظاهره: أنه يجب حفظ كل شيء في حرز مثله. تأمل. لكن تقدم في السرقة أن ظاهر المذهب كل ما كان حرزاً لنوع فهو حرز لكل الأنواع، فيقطع بسرقة لؤلؤة من إصطبل. تأمل. وقد يفرق بين الحرز في السرقة والحرز في الوديعة، وذلك أن المعتبر في قطع السارق بتلك الحرز وذلك لا يتفاوت باعتبار المحرزات، والمعتبر في ضمان المودع التقصير في الحفظ: ألا ترى أنه لو وضعها في داره الحصينة وخرج وكانت زوجته غير أمينة يضمن، ولو أحد سرقها يضمن[3] لأنّ الدار حرز، وإنما ضمن للتقصير في الحفظ، ولو وضعها في الدار[4] وخرج والباب مفتوح ولم يكن في الدار أحد أو في الحمام أو المسجد أو الطريق أو نحو ذلك وغاب يضمن مع أنه لا يقطع سارقها. ونظائر هذا كثيرة، فإذا اعتبرنا هنا الحرز المعتبر في السرقة لزم أن لا يضمن في هذه المسائل ونحوها فيلزم مخالفة ما أطبقوا عليه في هذا الباب، فظهر يقيناً صحة ما قلنا من الفرق والله أعلم، وبه ظهر جواب حادثة: وهي أن مودعاً وضع بقجة شال غالية الثمن في إصطبل الخيل فسرقت. والجواب: أنه يضمن وإن قطع سارقها، والله تعالى أعلم. ....

= الكلام ما يدل على أنه جعله وصياً.

(1) قال الرافعي: قوله: (يصح الدفع) فإذا برهن على هذا الدفع انتفى الضمان عنه.

(2) قال الرافعي: قوله: (في «جامع الفصولين»: ولو ضمن المعالج إلخ) ما ذكره الشارح يوافق ما يأتي نقله عن القهستاني وغيره، ومافي «الدرر» يوافق ما في «الفصولين» وهو المرجح للتعبير عنه بالظاهر.

(3) قال الرافعي: قوله: (ولو أحد سرقها يضمن) عبارته في التنقيح: ولو سرقها سارق يقطع إلخ.

(4) قال الرافعي: قوله: (ولو وضعها في الدار إلخ) لا دخل لها فيما نحن فيه ولا ما بعدها أيضاً، فإن الضمان للتقصير وعدم القطع لعدم الحرز.

لغيره، وإلا لم يرجع اهـ. (بخلاف مودع الغاصب) فيضمن أياً شاء، وإذا ضمن المودع رجع على الغاصب وإن علم على الظاهر. درر. خلافاً لما نقله القهستاني والباقاني والبرجندي وغيرهم. فتنبه.

(معه ألف ادعى رجلان كل منهما أنه له أودعه إياه فنكل عن الحلف لهما فهو لهما وعليه ألف آخر بينهما) ولو حلف لأحدهما ونكل للآخر فالألف لمن نكل له (دفع إلى رجل ألفاً وقال: ادفعها اليوم إلى فلان فلم يدفعها حتى ضاعت لم يضمن) إذ لا يلزمه ذلك (كما لو قال: احمل إلي الوديعة فقال: افعل ولم يفعل حتى مضى اليوم) وهلكت لم يضمن، لأن الواجب عليه التخلية. عمادية.

(قال) رب الوديعة (للمودع: ادفع الوديعة إلى فلان فقال: دفعت وكذبه) في الدفع (فلان) وضاعت الوديعة (صدق المودع مع يمينه) لأنه أمين. سراجية.

قوله: (بخلاف مودع الغاصب) والفرق بينهما على قول أبي حنيفة: أن مودع الغاصب غاصب لعدم إذن المالك ابتداء وبقاء. قوله: (درر) وجزم به في البحر. قوله: (فنكل عن الحلف) صور هذه المسألة ستة: أقر لهما نكل لهما حلف لهما أقر لأحدهما ونكل للآخر أو حلف نكل لأحدهما وحلف للآخر. سائحاني. قوله: (ولو حلف إلخ) أشار إلى أن المودع يحلف إذا أنكر الإيداع، كما إذا ادّعى الرد أو الهلاك، إما لنفي التهمة أو لإنكاره الضمان وإلى أنه لو حلف لا شيء عليه لهما، وإلى أن للقاضي أن يبدأ بأيهما شاء والأولى القرعة، وإلى أنه لو نكل للأول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول، بخلاف ما إذا أقر لأحدهما لأن الإقرار حجة بنفسه. وتمامه في البحر. قوله: (ونكل للآخر) في التحليف للثاني يقول: بالله ما هذه العين له ولا قيمتها، لأنه لما أقر بها للأول ثبت له الحق فيها فلا يفيد إقراره فيها للثاني، فلو اقتصر على الأول لكان صادقاً. بحر.

له على رجل دين فأرسل الدائن إلى مديونه رجلاً ليقبضه فقال المديون: دفعته إلى الرسول وقال: دفعته إلى الدائن وأنكر الدائن فالقول قول الرسول[1] مع يمينه. والذي في نور العين: فالقول للمرسل بيمينه تأمل. قال الدائن: ابعث الدين مع فلان فضاع من يد الرسول ضاع من المديون[2]. بزازية. قوله: (وضاعت) يعني غابت ولم تظهر ولا حاجة إليه. شيخنا. ......

---

(1) قال الرافعي: قوله: (فالقول قول الرسول إلخ) أي: في براءة نفسه فقط، فلا ينافي ما في «نور العين» من أن القول للمرسل أي: في عدم سقوط حقه تأمل.

(2) قال الرافعي: قوله: (ضاع من المديون) لأن أمر المداين لم يصح، إذ دينه في الذمة لا في العين بخلاف الوديعة.

(قال) المودع ابتداء: (لا أدري كيف ذهبت لا يضمن على الأصح، كما لو قال: ذهبت ولا أدري كيف ذهبت) فإن القول قوله، بخلاف قوله: لا أدري أضاعت أم لم تضع أو لا أدري وضعتها أو دفنتها في داري أو موضع آخر فإنه يضمن، ولو لم يبين مكان الدفن لكنه قال: سرقت من المكان المدفون فيه لا يضمن. وتمامه في العمادية.

فروع: هدد المودع أو الوصي على دفع بعض المال إن خاف تلف نفسه أو عضوه فدفع لم يضمن، وإن خاف الحبس أو القيد ضمن، وإن خشي أخذ ماله كله فهو عذر كما لو كان الجابر هو الآخذ بنفسه فلا ضمان. عمادية.

قوله: (على الأصح) مقتضاه: أن الأجير المشترك لا يضمن لكن أفتى الخير الرملي بالضمان، وعزاه في حاشية الفصولين إلى البزازية معللاً بأنه تضييع في زماننا. تأمل. قوله: (بخلاف إلخ) هذا مخالف لما في جامع الفصولين ونور العين وغيرهما من أنه لا يضمن[1]، وهكذا رأيته في نسخة المنح، لكن لفظة «لا» ملحقة بين الأسطر وكأنها ساقطة من النسخ فنقلها الشارح هكذا، فتنبه.

فرع: في الهامش وفي النوازل: مر بمال اليتيم على ظالم وخاف إن لم يهد إليه هدية أن يأخذه كله لا يضمن، وكذا المضارب، والمشايخ أخذوا بهذا القول. أنقروي. وفي فتاوى النسفي: أنفق الوصي على باب القاضي يضمن ما أعطى على وجه الرشوة لا على وجه الإجارة إذا لم يزد على أجر المثل. أنقروي اهـ. قوله: (فإنه يضمن) قاضيخان قال: وضعتها في داري فنسيت المكان لا يضمن، ولو قال: وضعتها في مكان حصين فنسيت الموضع ضمن، لأنه جهل الأمانة كما لو مات مجهلاً صح. وقيل لا يضمن كقوله: ذهبت ولا أدري كيف ذهبت، ولو قال: دفنت في داري أو في موضع آخر ضمن، ولو لم يبين مكان الدفن ولكنه قال: سرقت من مكان دفنت فيه لم يضمن، ولو دفنها في الأرض يبرأ لو جعل هنالك علامة وإلا فلا، وفي المفازة ضمن مطلقاً، ولو دفنها في الكرم يبرأ لو حصيناً بأن كان له باب مغلق، ولو وضعها بلا دفن بريء لو موضعاً لا يدخل فيه أحد بلا إذن. توجهت اللصوص نحوه في مفازة فدفنها حذراً فلما رجع لم يظفر بمحل دفنه، لو أمكنه أن يجعل فيه علامة ولم يفعل ضمن، وكذا لو أمكنه العود قريباً بعد زوال الخوف فلم يعد ثم جاء ولم يجدها لا لو دفنها بإذن ربها فظاهر وضعها في زمان الفتنة في بيت خراب ضمن لو ودعها على الأرض لا لو دفنها. نور العين. قوله: (ماله كله) أما لو خاف أخذ ماله ويبقي قدر الكفاية يضمن. فصولين. ....

---

(1) قال الرافعي: قوله: (من أنه لا يضمن) لكنه يؤمر بالبحث عنها في مسألة الشارح الأولى ط.

خيف على الوديعة الفساد رفع الأمر للحاكم ليبيعه، ولو لم يرفع حتى فسد فلا ضمان، ولو أنفق عليها بلا أمر قاض فهو متبرّع.

قرأ من مصحف الوديعة أو الرهن فهلك حالة القراءة لا ضمان، لأنه له ولاية هذا التصرّف. صيرفية. قال: وكذا لو وضع السراج على المنارة وفيها أودع صكاً وعرف أداء بعض الحق ومات الطالب وأنكر الوارث الأداء حبس المودع الصك أبداً. وفي الأشباه: لا يبرأ مديون الميت بدفع الدين إلى الوارث وعلى الميت دين.

ليس للسيد أخذ وديعة العبد.

العامل لغيره أمانة لا أجر له، إلا الوصي والناظر إذا عملا.

قلت: فعلم منه أن لا أجر للناظر في المسقف إذا أحيل عليه المستحقون فليحفظ وفي الوهبانية.

دَافِـعُ أَلْـفٍ مُـقْـرِضـاً وَمُـقَـارِضـاً ... وَرِبْحُ الْقِرَاضِ الشَّرْطُ جَازَ وَيحذَرُ

وَأَنْ يَدَّعِي ذُو الْمَالِ قَرْضاً وَخَصْمُهُ ... قِرَاضَاً فَرَبُّ الْمَالِ قَدْ قِيلَ أَجْدَرُ

قوله: (ولو أنفق إلخ) ولو لم ينفق عليها المودع بالفتح حتى هلكت يضمن[1] لكن نفقتها على المودع[2] بالكسر منلا علي حاوي الزاهدي. قوله: (على المنارة) فيما لو كانت المنارة وديعة. قوله: (أبداً) أي: ما لم يقر الوارث بالأداء. قوله: (إلى الوارث) ظاهره سواء كان الدين مستغرقاً لما دفعه[3] أو لا، وسواء كان الدين مستغرقاً أو لا، والظاهر: أن يقيد عدم البراءة بما إذا كان الدين مستغرقاً لما دفعه والوارث غير مؤتمن كما قيده بهما في المودع إذا دفع الوديعة للوارث. حموي. قوله: (وديعة العبد) تاجراً كان أو محجوراً عليه دين أو لا، وهذا إن لم يعلم أن الوديعة كسب العبد، فلو علم فله أخذها، وكذا لو علم أنها للمولى. تاترخانية. قوله: (قلت) القول لصاحب الأشباه. قاله في الهامش. قوله: (مقرضاً) أي: نصفه. قوله: (ومقارضاً) أي: مضارباً نصفه. كذا في الهامش. قوله: (وربح) مضبوط بالقلم بفتح الراء. قوله: (قراضاً) أي: مضاربة.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ولو لم ينفق عليها المودع حتى هلكت يضمن) ينظر الفرق بين هذه المسألة حيث قيل بالضمان لو ترك الإنفاق، وبين ما ذكره من أنه لو خاف الفساد ولم يرفع الأمر للقاضي حتى فسدت فلا ضمان تأمل، ثم ظهر أن المسألة خلافية كما يفيده ما يأتي في مسألة نشر الصوف.

(2) قال الرافعي: قوله: (لكن نفقتها على المودع) أي: بأمر القاضي كما هو ظاهر.

(3) قال الرافعي: قوله: (مستغرقاً لما دفعه) لعله مستغرقاً للتركة، وما في ط ليس فيه هذه الزيادة، وكذلك عبارة الحمويّ موافقة لما في ط، وقوله: سواء كان إلخ. ليس في الحموي.

وَفِي الْعَكْسِ بَعْدَ الرِّبْحِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ... كَذَلِكَ فِي الإِبْضَاعِ مَا يَتَغَيَّرُ
وَإِنْ قَالَ قَدْ ضَاعَتْ مِنَ الْبَيْتِ وَحْدَهَا ... يَصِحُّ وَيُسْتَحْلَفُ فَقَدْ يُتَصَوَّرُ
وَتَارِكُ فِي قَوْمٍ لأَمْرِ صَحِيفَةٍ ... فَرَاحُوا وَرَاحَتْ يَضْمَنُ الْمُتَأَخِّرُ
وَتَارِكُ نَشْرِ الصُّوفِ صَيْفاً فَعِثْ لَهُ ... يُضَمَّنْ وَقَرْضُ الْفَأْرِ بِالْعَكْسِ يُؤْثَرُ
إِذَا لَمْ يُسَدَّ الثُّقْبُ مِنْ بَعْدِ عِلْمِهِ ... وَلَمْ يَعْلَمِ الْمُلاَّكُ مَا هِيَ تُنْقَرُ

قلت: بقي لو سده مرة ففتحه الفار وأفسده لم يذكر، وينبغي تفصيله كما مر فتدبر.

كذا في الهامش. **قوله: (فالقول قوله)** أي: قول رب المال. **قال في الهامش:** وإذا أقاما البينة فالبينة بينة العامل، وإن هلك المال في يد المضارب بعد ما اختلفا فالعامل ضامن جميع ما في يده لرب المال عمل أو لم يعمل. شرح وهبانية لابن الشحنة. **قوله: (يضمن المتأخر)** مفهومه: أنهم إذا قاموا جملة ضمنوا، وبه صرح قاضيخان، ويظهر لي أن كل ما لا يقسم كذلك. سائحاني. **قال في الهامش:** ولو ترك واحد لقوم وديعة وقام الكل دفعة وتركوها ولم يأخذها واحد منهم ضمنها الكل، ابن الشحنة. **قوله: (فعث)** بالمثلثة. **قوله: (ولم يعلم إلخ)** الواو بمعنى أو بضم ياء يعلم. كذا في الهامش. **قوله: (وينبغي)** البحث للطرسوسي حيث قال: وينبغي أن يكون فيها التفصيل، لأن الأمر دائر بين الإعلام للمودع أو السد بدونه، وهو موجود وارتضاه ابن الشحنة، وأقره الشرنبلالي.

فروع: ربطها في طرف كمه أو عمامته أو شدها في منديل، ووضعه في كمه أو ألقاها في جيبه، ولم تقع فيه وهو يظن أنها وقعت فيه لا يضمن.

خرج وترك الباب مفتوحاً ضمن لو لم يكن في الدار أحد ولم يكن في مكان يسمع حس الداخل.

جعلها في الكرم، فلو له حائط بحيث لا يرى المارّة ما في الكرم لا يضمن إذا أغلق الباب، وإلا ضمن.

سوقي قام إلى الصلاة[1] وفيه ودائع لم يضمن إذ جيرانه يحفظونه وليس بإيداع المودع لكنه مودع لم يضيع، وذكر الشارح ما يدل على الضمان، فليتأمل عند الفتوى. جامع الفصولين: وفي البزازية: والحاصل: أن العبرة للعرف اهـ.

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (سوقي قام إلى الصلاة إلخ)** فيه سقط، والأصل: سوقي قام من دكانه إلى الصلاة إلخ.

....

غاب رب الوديعة ولا يدري أهو حيّ أم ميت يمسكها حتى يعلم موته ولا يتصدق بها، بخلاف اللقطة، وإن أنفق عليها بلا أمر القاضي فهو متطوّع. ويسأله القاضي البينة على كونها وديعة عنده، وعلى كون المالك غائباً، فإن برهن: فلو مما يؤجر وينفق عليها من غلتها أمره به، أو لا يأمره بالإنفاق يوماً أو يومين أو ثلاثة رجاء أن يحضر المالك لا أكثر، بل يأمره بالبيع وإمساك الثمن، وإن أمره بالبيع ابتداء فلصاحبها الرجوع عليه به إذا حضر، لكن في الدابة يرجع بقدر القيمة لا بالزيادة، وفي العبد بالزيادة على القيمة بالغة ما بلغت، ولو اجتمع من ألبانها شيء كثير أو كانت أرضاً فأثمرت وخاف فساده فباعه بلا أمر القاضي، فلو في المصر أو في موضع يتوصل إلى القاضي قبل أن يفسد ذلك ضمن. تاترخانية من العاشر في المتفرقات.

تتمة: في ضمان المودع بالكسر في قاضيخان: مودع جعل في ثياب الوديعة ثوباً لنفسه فدفعها إلى ربها ونسي ثوبه فيها فضاع عنده ضمنه، لأنه أخذ ثوب الغير بلا إذنه، والجهل فيه لا يكون عذراً. قال في نور العين: ينبغي أن تقيد المسألة بما لو كان غير عالم ثم علم بذلك وضاع عنده، وإلا فلا سبب للضمان أصلاً، فالظاهر أن قوله: والجهل فيه لا يكون عذراً ليس على إطلاقه، والله أعلم اهـ ملخصاً.

٣٠ ــ كِتَابُ الْعَارِيَةِ

أخرها عن الوديعة لأن فيها تمليكاً وإن اشتركا في الأمانة، ومحاسنها النيابة عن الله تعالى في إجابة المضطر لأنها لا تكون إلا لمحتاج كالقرض، فلذا كانت الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر (هي) لغة: مشددة وتخفف: إعارة الشيء. قاموس. وشرعاً: (تمليك المنافع مجاناً) أفاد بالتمليك لزوم الإيجاب والقبول ولو فعلاً. وحكمها: كونها أمانة. وشرطها: قابلية المستعار للانتفاع وخلوّها عن شرط

كِتَابُ الْعَارِيَةِ

قوله: (مشددة) كأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار وعيب. صحاح. ورده في النهاية بأنه ﷺ باشر الاستعارة، فلو كان العار في طلبها لما باشرها، وقوله: على ما في المغرب من أنها اسم من الإعارة وأخذها من العار العيب خطأ اهـ. وفي المبسوط: من التعاور وهو التناوب كما في البحر وتخفف. قال الجوهري: منسوبة إلى العار، ورده الراغب بأن العار يائيّ والعارية واوي وفي المبسوط: إنها من العرية: تمليك الثمار بلا عوض ورده المطرزي لأنه يقال استعاره منه فأعاره واستعاره الشيء على حذف من والصواب أن المنسوب إليه العارة اسم من الإعارة، ويجوز أن تكون من التعاور التناوب. قهستاني ملخصاً. قوله: (تمليك) فيه رد على الكرخي القائل بأنها إباحة وليست بتمليك، ويشهد له انعقادها بلفظ التمليك، وجواز أن يعير ما لا يختلف بالمستعمل، والمباح له لا يبيح لغيره وانعقادها بلفظ الإباحة[1] لأنه استعير للتمليك. بحر. قوله: (ولو فعلاً) أي: كالتعاطي كما في القهستاني، وهذا مبالغة على القبول، وأما الإيجاب فلا يصح به[2]، وعليه يتفرع ما سيأتي قريباً من قول المولى خذه واستخدمه. والظاهر: أن هذا هو المراد بما نقل عن الهندية، وركنها الإيجاب من المعير، وأما القبول من المستعير فليس بشرط عند أصحابنا الثلاثة

(1) قال الرافعي: قوله: (وانعقادها بلفظ الإباحة إلخ) ساقه في «البحر» تفريعاً على المذهب.

(2) قال الرافعي: قوله: (وأما الإيجاب فلا يصح به) محل تأمل، فإن البيع والهبة يصحان بالتعاطي، فالعارية كذلك بالأولى.

العوض لأنها تصير إجارة، وصرح في العمادية بجواز إعارة المشاع[1] وإيداعه وبيعه: يعني لأن جهالة العين لا تفضي للجهالة لعدم لزومها، وقالوا: علف الدابة على المستعير وكذا نفقة العبد، أما كسوته فعلى المعير، وهذا إذا طلب الاستعارة، فلو قال المولى: خذه واستخدمه من غير أن يستعيره فنفقته على المولى أيضاً لأنه وديعة.

(وتصح بأعرتك) لأنه صريح **(وأطعمتك أرضي)** أي: غلتها، لأنه صريح مجازاً من إطلاق اسم المحل على الحال **(ومنحتك)** بمعنى أعطيتك **(ثوبي أو جاريتي هذه وحملتك على دابتي هذه إذا لم يرد به)** بمنحتك وحملتك **(الهبة)** لأنه صريح فيفيد العارية بلا نية والهبة بها: أي: مجازاً[2] **(وأخدمتك عبدي)** وآجرتك

اهـ أي: القبول صريحاً غير شرط بخلاف الإيجاب، ولهذا قال في التاترخانية: إن الإعارة لا تثبت بالسكوت اهـ. وإلا لزم أن لا يكون أخذها قولاً. **قوله: (بجواز إعارة المشاع)** إعارة الجزء الشائع تصح كيفما كان في التي تحتمل القسمة أو لا تحتملها من شريك أو أجنبي، وكذا إعارة الشيء من اثنين أجمل أو فصل بالتنصيف أو بالإثلاث. قنية. **قوله: (وبيعه)** وكذا إقراضه كما مر، وكذا إيجاره من الشريك لا الأجنبي، وكذا وقفه عند أبي يوسف خلافاً لمحمد فيما يحتمل القسمة وإلا فجائز، وتمامه في أوائل هبة البحر فراجعه. **قوله: (لأن جهالة إلخ)** أفاد أن الجهالة لا تفسدها قال في البحر: والمراد بالجهالة: جهالة المنافع المملكة لا جهالة العين المستعارة، بدليل ما في الخلاصة: لو استعار من آخر حماراً فقال ذلك الرجل: لي حماران في الاصطبل فخذ أحدهما واذهب فأخذ أحدهما وذهب به يضمن إذا هلك، ولو قال: خذ أحدهما أيهما شئت لا يضمن. **قوله: (للجهالة)** وفي بعض النسخ: «للمنازعة». **قوله: (لأنه وديعة)** أي: أباح له بها الانتفاع. **قوله: (لأنه صريح)** أي: حقيقة. قال قاضي زاده: الصريح عند علماء الأصول ما انكشف المراد منه في نفسه فيتناول الحقيقة غير المهجورة والمجاز المتعارف اهـ. فالأول: أعرتك والثاني: أطعمتك أرضي ط. **قوله: (لأنه صريح)** هذا ظاهر في منحتك، أما حملتك فقال الزيلعي: إنه مستعمل فيهما يقال حمل فلان فلاناً على دابته يراد به الهبة تارة والعارية أخرى، فإذا نوى أحدهما صحت نيته، وإن لم تكن له نية حمل على الأدنى كيلا يلزمه الأعلى بالشك اهـ. وهذا يدل على

(1) **قال الرافعي: قول الشارح: (وصرح في «العمادية» بجواز إعارة المشاع إلخ)** هذا أورد جواباً عن سؤال مقدر تقديره أن العارية لو كانت تمليكاً للمنفعة كيف صحت إعارة المشاع، فإنه مجهول العين، فأجاب بقوله: يعني أن إلخ لكن قوله لعدم لزومها لا حاجة إليه، لأن جهالة العين في اللازم لا تمنع. سندي.

(2) **قال الرافعي: قول الشارح: (والهبة بها أي: مجازاً)** لا يتأتى ذلك على ما قاله الزيلعي من الاشتراك:

داري شهراً مجاناً (وداري) مبتدأ (لك) خبر (سكنى) تمييز: أي: بطريق السكنى (و) داري لك (عمرى) مفعول مطلق: أي: أعمرتها لك عمرى (سكنى) تمييزه: يعني جعلت سكناها لك مدة عمرك (و) لعدم لزومها (يرجع المعير متى شاء) ولو مؤقتة أو فيه ضرر فتبطل وتبقى العين بأجر المثل، كمن استعار أمة لترضع ولده وصار لا يأخذ إلا ثديها فله أجر المثل إلى الفطام. وتمامه في الأشباه. وفيها معزياً للقنية: تلزم العارية فيما إذا استعار جدار غيره لوضع جذوعه فوضعها ثم باع المعير الجدار ليس للمشتري رفعها، وقيل: نعم إلا إذا شرطه وقت البيع.

أنه من المشترك بينهما، لكن إنما أريد به العارية عند التجرّد عن النية لئلا يلزمه الأعلى بالشك ط. وانظر ما كتبناه على البحر عن الكفاية ففيه الكفاية. **قوله: (بها)** أي: بالنية. **قوله: (شهراً)** فلو لم يقل شهراً لا يكون إعارة. بحر عن الخانية: أي: بل إجارة فاسدة، وقد قيل بخلافه. تاترخانية. وينبغي هذا لأنه إذا لم يصرح بالمدة ولا بالعوض، فأولى أن يكون إعارة من جعله إعارة مع التصريح بالمدة دون العوض. شيخنا. ونقل الرملي في حاشية البحر عن إجارة البزازية: لا تنعقد الإجارة بالإجارة، حتى لو قال: آجرتك منافعها سنة بلا عوض تكون إجارة فاسدة لا عارية اهـ. قال: فتأمله مع هذا. **قوله: (مجاناً)** أي: بلا عوض. **قوله: (مدة عمرك)** هذا وجه آخر ذكره القهستاني وهو كون عمري ظرفاً. **قوله: (ولو مؤقتة)** ولكن يكره قبل تمام الوقت، لأن فيه خلف الوعد. ابن كمال.

أقول: من هنا تعلم أن خلف الوعد مكروه لا حرام. وفي الذخيرة: يكره تنزيهاً لأنه خلف الوعد ويستحب الوفاء بالعهد. سائحاني. **قوله: (فتبطل)** أي: بالرجوع. **قوله: (فله أجر المثل)** أي: للمعير والأولى فعليه: أي: على المستعير. **قوله: (للقنية)** لم أجده في القنية في هذا المحل. **قوله: (وقت البيع)** أي: إلا إذا شرط البائع وقت البيع بقاء الجذوع والوارث في هذا بمنزلة المشتري، إلا أن للوارث أن يأمره برفع البناء على كل حال[1] كما في الهندية. ومنه يعلم أن من أذن لأحد ورثته ببناء محل في داره ثم مات فلباقي الورثة مطالبته برفعه إن لم تقع القسمة أو لم يخرج في قسمه.

وفي جامع الفصولين: استعار داراً فبنى فيها بلا أمر المالك أو قال له: ابن لنفسك ثم باع الدار بحقوقها يؤمر الباني بهدم بنائه، وإذا فرط في الرد بعد الطلب مع التمكن منه ضمن. سائحاني. قال في الهامش: وسيأتي مسألة من بنى في دار زوجته في شتى الوصايا وفيه زيادة مسألة السرداب على الجذوع فقال رجل: وضع جذوعه على حائط جاره بإذن الجار أو حفر

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (أن يأمره برفع البناء على كل حال)** أي: ولو مع شرط القرار وقت وضع الجذوع أو حفر السرداب بخلاف المشتري، حيث لا يتمكن من الرفع مع هذا الشرط. أبو السعود.

قلت: وبالقيل جزم في الخلاصة والبزازية وغيرهما، واعتمده محشيها في تنوير البصائر ولم يتعقبه ابن المصنف فكأنه ارتضاه، فليحفظ (ولا تضمن بالهلاك من غير تعدّ) وشرط الضمان باطل كشرط عدمه في الرهن خلافاً للجوهرة (ولا تؤجر ولا ترهن) لأن الشيء لا يتضمن ما فوقه (كالوديعة) فإنها تؤجر ولا ترهن بل ولا تودع ولا تعار بخلاف العارية على المختار، وأما المستأجر فيؤاجر ويودع ويعار ولا يرهن، وأما الرهن فكالوديعة.

وفي الوهبانية نظم تسع مسائل لا يملك فيها تمليكاً لغيره بدون إذن سواء قبض أو لا، فقال:

سرداباً في داره بإذن الجار ثم باع الجار داره وأراد المشتري أن يرفع جذوعه وسردابه كان للمشتري ذلك، إلا إذا كان البائع شرط في البيع بقاء الجذوع والسرداب تحت الدار، فحينئذ لا يكون للمشتري أن يطالبه برفع ذلك. وتمامه في الخانية في فصل ما يتضرّر به الجار اهـ. قوله: (وبالقيل إلخ) وأفتى به في الخيرية. كذا في الهامش. قوله: (في الخلاصة) وكذا في الخانية كما قدمنا عبارته قبيل دعوى النسب. قوله: (ولا تضمن) هذا إذا لم يتبين أنها مستحقة للغير، فإن ظهر استحقاقها ضمنها، ولا رجوع له على المعير لأنه متبرع، وللمستحق أن يضمن المعير، وإذا ضمنه لا رجوع له على المستعير، بخلاف المودع إذا ضمنها للمستحق حيث يرجع على المودع لأنه عامل له. بحر. قوله: (بالهلاك) هذا إذا كانت مطلقة، فلو مقيدة كأن يعيره يوماً فلو لم يردها بعد مضيه ضمن إذا هلكت كما في شرح المجمع وهو المختار كما في العمادية اهـ. قال في الشرنبلالية: سواء استعملها بعد الوقت أو لا. وذكر صاحب المحيط وشيخ الإسلام: إنما يضمن إذا انتفع بعد مضيّ الوقت لأنه حينئذ يصير غاصباً. أبو السعود. قوله: (للجوهرة) حيث جزم فيها بصيرورتها مضمونة بشرط الضمان، ولم يقل في رواية مع أن فيها روايتين كما يؤخذ من عبارة الزيلعي س. قوله: (على المختار) فإنها تعار. أشباه. قال محشيها: إذا كان مما لا يختلف بالاستعمال كالسكنى والحمل والزراعة[1] وإن شرط أن ينتفع هو بنفسه، لأن التقييد بما لا يختلف غير مفيد كما في شروح المجمع. س. وفي البحر: وله يعني المستعير أن يودع على المفتى به وهو المختار، وصحح بعضهم عدمه ويتفرع عليه ما لو أرسلها على يد أجنبي فهلكت ضمن على الثاني لا الأول، وسيأتي قريباً اهـ. قوله: (وأما المستأجر) في وديعة البحر عن الخلاصة: والوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤجر ولا ترهن، والمستأجر يؤاجر ويعار ويودع، ولم يذكر حكم الرهن، وينبغي إلخ. وفي قول الخلاصة: وينبغي إلخ كلام كتبناه في هامش البحر. قوله: (ويودع) لكن الأجير المشترك يضمن بإيداع ما تحت يده لقول الفصولين: ولو أودع الدلال

---

(1) قال الرافعي: قوله: (والزراعة) الظاهر اعتماد ما يأتي عن الزيلعي من أنها مما يختلف بالاستعمال.

وَمَالِكُ أَمْرٍ لاَ يُمَلِّكُهُ بِدُو ... نِ أَمْرٍ وَكِيلٍ مُسْتَعِيرٍ وَمُؤْجَرُ
رُكُوباً وَلُبْساً فِيهِمَا وَمُضَارِبٌ ... وَمُرْتَهِنٌ أَيْضاً وَقَاضٍ يُؤَمَّرُ
وَمُسْتَوِدَعٌ مُسْتَبْضَعٌ وَمُزَارِعٌ ... إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ عِنْدِهِ الْبَذْرُ يُبْذَرُ

قلت: والعاشرة:

وَمَا لِلْمُسَاقِي أَنْ يُسَاقِي غَيرهُ ... وَإِنْ أَذِنَ الْمَوْلَى لَهُ لَيْسَ يُنْكَرُ

(فإن آجر) المستعير **(أو رهن فهلكت ضمنه المعير)** للتعدي **(ولا رجوع له)** للمستعير **(على أحد)** لأنه بالضمان ظهر أنه آجر ملك نفسه ويتصدق بالأجرة خلافاً للثاني **(أو)** ضمن **(المستأجر)** سكت عن المرتهن.

ضمن. شائحاني. **قوله:** (لا يملكه) بتشديد اللام وابتداء البيت الثاني من نون دون. **قوله:** (ومؤجر) بفتح الجيم. **قوله:** (فيهما) أي: الإعارة والإجارة، وهذا لو قيد بلبسه وركوبه، وإلا فقد مر ويأتي أنه يعير ما يختلف لو لم يقيد بلابس وراكب. سائحاني. الوكيل لا يوكل والمستعير للبس أو ركوب ليس له أن يعير لمن يختلف استعماله[1] والمستأجر ليس له أن يؤجر لغيره مركوباً كان أو ملبوساً إلا بإذن. **قوله:** (ومستودع) بفتح الدال. **قوله:** (ضمنه المعير) بتشديد ميم ضمنه مبنياً للفاعل والمعير فاعل والضمير في ضمنه راجع للمستعير. **قوله:** (على أحد) عبارة مسكين: على المستأجر، وهكذا أقره القهستاني، وقال: فلا فائدة في النكرة العامة. **قال أبو السعود:** وتعقبه شيخنا بأن سلب[2] الفائدة ممنوع لجواز كون قيمة الرهن عشرين وكان رهناً بعشرة فلا يرجع بالزائد على المرتهن. **قوله:** (المستأجر) مفعول «ضمن» هكذا مضبوط بالقلم. **قوله:** (عن المرتهن) **قال في الشرنبلالية:** وسكت عما لو ضمن المرتهن فينظر حكمه، **قال شيخنا:** حكم المرتهن في هذه الصورة[3] حكم الغاصب كما ذكره نوح أفندي، لأنه قبض مال الغير بلا إذنه

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (لمن يختلف استعماله)** مقتضاه أنه يعير لمن لا يختلف استعماله كأن كان مساوياً له مع أنه لا يعير مطلقاً مع التقييد.

(2) **قال الرافعي: قوله: (قال أبو السعود: وتعقبه شيخنا بأن سلب إلخ)** ما قاله عن شيخه مدفوع، فإنه في متن «الوقاية» إنما تعرض لما إذا آجر المستعير، ولم يذكر ما إذا رهن كما وقع للمصنف، ولم يذكر أيضا في «الكنز» مسألة الرهن.

(3) **قال الرافعي: قوله: (قال شيخنا حكم المرتهن في هذه الصورة إلخ)** ما قاله أبو السعود عن شيخه من أنه لا رجوع للمرتهن على الراهن المستعير لعلة كونه صار غاصباً تام، لأنه وإن صار غاصباً بما ذكر فالراهن المستعير غاصب أيضاً بالدفع إليه، فيكون المرتهن غاصب الغاصب، فتكون هذه المسألة نظير المسألة الخامسة التي نقلها الشارح إذ لا فرق بينهما، ولذا قال السندي، ويؤخذ من جواب =

وفي شرح الوهبانية: الخامسة لا يملك المرتهن أن يرهن فيضمن وللمالك الخيار ويرجع الثاني على الأول[1] (ورجع) المستأجر (على المستعير إذا لم يعلم بأنه عارية في يده) دفعاً لضرر الغرر (وله أن يعير ما اختلف استعماله أو لا إن لم يعين) المعير (منتفعاً و) يعير (ما لا يختلف إن عين) وإن اختلف لا للتفاوت، وعزاه في زواهر الجواهر للاختيار (ومثله) أي: كالمعار (المؤجر) وهذا[2] عند عدم النهي، فلو قال: لا تدفع لغيرك فدفع فهلك ضمن مطلقاً خلاصة (فمن استعار دابة

ورضاه فيكون للمعير تضمينه، وبأداء الضمان يكون الرهن هالكاً على ملك مرتهنه، ولا رجوع له على الراهن المستعير بما ضمن لما علمت من كونه غاصباً ويرجع بدينه اهـ. وتقييده بقوله: ولا رجوع له على الراهن المستعير للاحتراز عما لو كان الراهن مرتهناً فإنه يرجع على الأول. أبو السعود. وهذا ما ذكره الشارح بقوله: «وفي شرح الوهبانية إلخ» فليس بياناً لما سكت عنه المصنف كما يوهمه كلامه بل بيان لفائدة أخرى. تأمل. قوله: (وفي شرح إلخ) ظاهره: أنه بيان لما سكت عنه المصنف مع أنه ليس من قبيله، لأن الكلام في المستعير إذا آجر أو رهن. قوله: (أن يرهن) أي: بدون إذن الراهن شرح وهبانية، وكذا في الهامش. قوله: (ويرجع الثاني) أي: إن ضمن، وإن ضمن الأول لا يرجع على أحد. ابن الشحنة، كذا في الهامش. قوله: (إن لم يعين) أي: بأن نص على الإطلاق كما سنذكره قريباً، كما لو استعار دابة للركوب أو ثوباً للبس له أن يعيرهما، ويكون ذلك تعييناً للراكب واللابس، فإن ركب هو بعد ذلك، قال الإمام علي البزدوي: يكون ضامناً. وقال السرخسي وخواهر زاده: لا يضمن. كذا في فتاوى قاضيخان وصحح الأول في الكافي. بحر وسيأتي. قوله: (وإن اختلف) أي: إن عين منتفعاً واختلف استعماله لا يعير للتفاوت. قالوا: الركوب واللبس مما اختلف استعماله، والحمل على الدابة والاستخدام والسكنى مما لا يختلف استعماله. أبو الطيب مدني. قوله: (المؤجر) بالفتح: أي: إذا آجر شيئاً فإن لم يعين من ينتفع به فللمستأجر أن يعيره سواء اختلف استعماله أو لا وإن عين

= المسألة الخامسة جواب مسألتنا لأن كلاً من المستعير والمرتهن لا يملكان الرهن، فكما أن المرتهن إذا رهن يخير المالك في تضمين أيهما شاء ويرجع الثاني على الأول إن ضمنه، وكذلك الحكم في المستعير إذا رهن، ومتى ضمن المرتهن الثاني والمرتهن من المستعير رجع كل منهما بالدين على الراهن اهـ، وقال: قوله: سكت عن المرتهن إلخ أي: هل للمعير تضمينه أولاً؟ أقول: عبارة «الشرنبلالية» تشعر بأن له تضمينه، والمسكوت عنه إنما هو رجوع المرتهن بعد تضمين المعير له على المستعير.

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (ويرجع الثاني على الأول) بما ضمنه لأنه غره سندي.

(2) قال الرافعي: قول الشارح: (وهذا) أي: التفصيل السابق في جواز إعارة المستعار وإيجار المستأجر وعدمه، وقوله: مطلقاً أي: سواء كان مما يختلف بالاستعمال أو لا عين أو لا.

أو استأجرها مطلقاً) بلا تقييد (يحمل) ما شاء (ويعير له) للحمل (ويركب) عملاً بالإطلاق (وأيًا فعل) أوّلاً (تعين) مراداً (وضمن بغيره) إن عطبت، حتى لو ألبس أو أركب غيره لم يركب بنفسه بعده هو الصحيح. كافي (وإن أطلق) المعير أو المؤجر (الانتفاع في الوقت والنوع انتفع ما شاء أيّ وقت شاء) لما مر (وإن قيده) بوقت أو نوع أو بهما (ضمن بالخلاف إلى شرّ فقط) لا إلى مثل أو خير (وكذا تقييد

يعير ما لا يختلف استعماله لا ما اختلف. منح. قوله: (أو استأجرها) فله الحمل في أي: وقت وأي نوع شاء. باقاني كذا في الهامش. قوله: (مطلقاً) أقول: الظاهر أنه أراد بالإطلاق عدم التقييد بمنتفع معين، لأنه سيذكر الإطلاق في الوقت والنوع وإلا لزم التكرار. تأمل. قوله: (بلا تقييد) قال في التبيين: ينبغي أن يحمل هذا الإطلاق الذي ذكره[1] هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والركوب والزراعة على ما إذا قال: على أن أركب عليها من أشاء، كما حمل الإطلاق الذي ذكره[2] في الإجارة على هذا اهـ. وأقره في الشرنبلالية، فما أوهمه قول المؤلف: «بلا تقييد» بالنظر لما يختلف لا يتم ط.

قلت: فعلى هذا يحمل قول المصنف سابقاً: «إن لم يعين» بالنسبة للمختلف على ما إذا نص على الإطلاق لا على ما يشمل السكوت، لكن في الهداية: لو استعار دابة[3] ولم يسم شيئاً له أن يحمل ويعير غيره للحمل ويركب غيره إلخ، فراجعها. قوله: (يحمل ما شاء) أي: من أي: نوع كان لا الحمل فوق طاقتها، كما لو سلك طريقاً لا يسلكه الناس في حاجة إلى ذلك المكان ضمن، إذا مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف، وليس من المتعارف الحمل فوق طاقتها، والتنظير في ذلك والتعليل في جامع الفصولين، وسيأتي في الإجارة مثله في المتن. كذا في الهامش. قوله: (ويركب) بفتح أوله وضمه. سائحاني. قوله: (أولاً) بفتح الهمزة وتشديد الواو. قوله: (بغيره) أي: فيما يختلف بالمستعمل كما يفيده السياق واللحاق. سائحاني. وقدمنا عن الزيلعي أنه ينبغي تقييد عدم الضمان فيما يختلف بما إذا أطلق الانتفاع، فافهم. قوله: (انتفع) فلو لم يسم موضعاً ليس له إخراجها من الفصولين. قوله: (أو بهما) فتتقيد من حيث الوقت كيفما كان، وكذا من حيث الانتفاع فيما يختلف باختلاف المستعمل، وفيما لا يختلف لا تتقيد لعدم الفائدة كما مر، ولم يذكر التقييد بالمكان، لكن أشار إليه الشارح[4] في الآخر. وذكره المصنف قبل قوله: «ولا تؤجر» فقال: استعار دابة ليركبها في حاجة إلى ناحية سماها فأخرجها إلى النهر ليسقيها في غير

(1) قال الرافعي: قوله: (ينبغي أن يحمل هذا الإطلاق الذي ذكره إلخ) الظاهر اعتماد ما هنا.
(2) قال الرافعي: قوله: (كما حمل الإطلاق الذي ذكره) يعني «الكافي» «شرنبلالية».
(3) قال الرافعي: قوله: (لكن في «الهداية» لو استعار دابة إلخ) الظاهر اعتماد ما في «الهداية» لا ما في الزيلعي، لأنه بحث منه.
(4) قال الرافعي: قوله: (لكن أشار إليه الشارح إلخ) لم يوجد فيما يأتي هذه الإشارة.

الإجارة بنوع أو قدر) مثل العارية (عارية الثمنين والمكيل والموزون والمعدود المتقارب) عند الإطلاق (قرض) ضرورة استهلاك عينها (فيضمن) المستعير (بهلاكها قبل الانتفاع) لأنه قرض، حتى لو استعارها ليعير الميزان أو يزين الدكان كان عارية، ولو أعار قصعة ثريد فقرض ولو بينهما مباسطة فإباحة، وتصح عارية السهم ولا يضمن لأن الرمي يجري مجرى الهلاك. صيرفية (ولو أعار أرضاً للبناء والغرس صح) للعلم بالمنفعة (وله أن يرجع متى شاء) لما تقرر أنها غير لازمة (ويكلفه قلعهما

تلك الناحية ضمن إذا هلكت، وكذا إذا استعار ثوراً ليكرب أرضه فكرب أرضاً أخرى يضمن، وكذا إذا قرنه بثور أعلى منه لم تجر العادة به، وفي البدائع: اختلفا في الأيام أو المكان أو ما يحمل فالقول للمعير بيمينه. سائحاني. استعارها شهراً فهو على المصر، وكذا في إعارة خادم وإجارته وموصى له بخدمته. فصولين. قوله: (قرض) أي: إقراض، لأن العارية بمعنى الإعارة كما مر وهي التمليك. وتمامه في العزمية. قوله: (حتى إلخ) تفريع على مفهوم قوله: «عند الإطلاق». قوله: (ليعير) بتشديد الياء الثانية، الأصل عاير والجوهري نهى أن يقال عير. يعقوبية. قوله: (أو يزين) بتشديد الياء الثانية. قوله: (كان عارية) لأنه عين الانتفاع، وإنما تكون قرضاً عند الاطلاق كما تقدم. قوله: (فقرض) فعليه مثلها أو قيمتها[1]. منح. قوله: (وتصح عارية السهم) أي: ليغزو دار الحرب لأنه يمكن الانتفاع به في الحال وإنه يحتمل عوده إليه برمي الكفرة بعد ذلك. منح عن الصيرفية. ونقل عنها قبل هذا أنه إن استعار سهماً ليغزو دار الحرب لا يصح، وإن استعار ليرمي الهدف صح، لأنه في الأول لا يمكن الانتفاع بعين السهم إلا بالاستهلاك، وكل عارية كذلك تكون قرضاً لا عارية اهـ. قوله: (ولا يضمن) عبارة الصيرفية كما في المنح قال هـ: وتصح عارية السلاح، وذكر في السهم أنه يضمن كالقرض، لأن الرمي يجري مجرى الهلاك، وهذه النسخة التي نقلت منها نسخة مصححة عليها خطوط بعض العلماء، وكان في الأصل مكتوباً: لا يضمن، فحك منها لفظة «لا» ويدل عليه تنظيره[2] بقوله: كالقرض، ولكن كان الظاهر على هذا أن يقال في التعليل: لأن الرمي يجري مجرى الاستهلاك، فتعبيره بالهلاك يقتضي عدم الضمان، فتأمل وراجع. قوله: (للعلم) تأمل في هذا التعليل[3]: استعار رقعة يرقع بها

---

(1) قال الرافعي: قوله: (فعليه مثلها أو قيمتها) لم يظهر إيجاب المثل لأن الثريد من القيميات، ونحو ما في «المنح» في «الخانية» ولعل ذلك يختلف باختلاف الثريد.

(2) قال الرافعي: قوله: (ويدل عليه تنظيره إلخ) فيه أنه يحتمل رجوعه للمنفي، فلا يدل حينئذ على مدعاه، وقوله: لأن الرمي إلخ أي: من غير تعد للإذن فيه فلا يضمنه.

(3) قال الرافعي: قوله: (تأمل في هذا التعليل) وجه التأمل أن العارية لا تتوقف صحتها على العلم بالمنفعة، كما تقدم عن «البحر» ومقتضى هذه العلة أن صحتها لما ذكر مع أنها تصح مع الجهالة تأمل، وتعليل «الهداية» ظاهر حيث قال: أما الجواز فلأنها منفعة معلومة تملك بالإجارة فكذا بالإعارة.

إلا إذا كان فيه مضرّة بالأرض فيتركان بالقيمة مقلوعين) لئلا تتلف أرضه (وإن وقت) العارية (فرجع قبله) كلفه قلعهما (وضمن) المعير للمستعير (ما نقص) البناء والغرس (بالقلع)[1] بأن يقوّم قائماً ....

قميصه أو خشبة يدخلها في بنائه أو آجرة فهو ضامن لأنه قرض، إلا إذا قال: لأردها عليك فهي عارية. تاترخانية. قوله: (مقلوعين) أو يأخذ المستعير غراسه وبناءه بلا تضمين المعير. هداية. وذكر الحاكم أن له أن يضمن المعير قيمتها قائمين في الحال ويكونان له، وأن يرفعهما إلا إذا كان الرفع مضراً بالأرض، فحينئذ يكون الخيار للمعير كما في الهداية[2]، وفيه رمز إلى أن لا ضمان في العارية المطلقة. وعنه أن عليه القيمة، وإلى أن لا ضمان في الموقتة بعد انقضاء الوقت، فيقلع المعير البناء والغرس إلا أن يضر القلع، فحينئذ يضمن قيمتهما مقلوعين لا قائمين كما في المحيط. قهستاني. كذا في الهامش. قوله: (ما نقص البناء) هذا ما مشى عليه في الكنز والهداية. وذكر في البحر عن المحيط ضمان القيمة قائماً إلا أن يقلعه المستعير ولا ضرر، فإن ضمن فضمان القيمة مقلوعاً[3]، وعبارة المجمع: وألزمناه الضمان فقيل ما نقصهما القلع، وقيل قيمتهما، ويملكهما، وقيل إن ضرّ يخير المالك: يعني المعير يخير بين ضمان ما نقص[4] وضمان القيمة، ومثله في درر البحار والمواهب والملتقى، وكلهم قدموا الأول وبعضهم جزم به وعبر عن غيره بقيل، فلذا اختاره المصنف، وهي رواية القدوري، والثاني رواية الحاكم الشهيد كما في غرر الأفكار. قوله: (قائماً) فلو قيمته قائماً في الحال[5] أربعة وفي المآل عشرة ضمن ستة، شرح

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (وضمن ما نقله بالقلع) علل الضمان في «الدرر» وغيرها بأن المستعير صار مغروراً من جهة المعير حيث وقت له، والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعاً للضرر عنه اهـ. لكن في وجوب الضمان بالتغرير هنا خفاء، إذ هو لا يوجبه إلا في ضمن عقد المعاوضة، ثم رأيت في «العناية» و«الكفاية» الجواب عن ذلك.

(2) قال الرافعي: قوله: (فحينئذ يكون الخيار للمعير كما في «الهداية») عبارة «الهداية»: وإن كان وقت العارية ورجع قبله صح رجوعه وضمن المعير ما نقص من البناء والغرس بالقلع كذا ذكر القدوري، وذكر الحاكم الشهيد أنه يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه، ويكونان له إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتها فيكون له ذلك لأنه ملكه، قالوا: إذا كان في القلع ضرر بالأرض فالخيار لرب الأرض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالأصل اهـ، ويعلم من هذا أن المناسب كتابة ما نقله المحشي على الشق الثاني.

(3) قال الرافعي: قوله: (فإن ضمن فضمان القيمة مقلوعاً) هكذا عباراتهم ومقتضى النظر وجوب قيمة البناء قائماً إلى المدة المحدودة.

(4) قال الرافعي: قوله: (يخير بين ضمان ما نقص إلخ) أي: مع القلع وضمان القيمة بدونه.

(5) قال الرافعي: قوله: (فلو قيمته قائماً في الحال إلخ) عبارة «التكملة» مقلوعاً وعبارة ط: مستحق القلع، وقال الزيلعي: معنى قوله ضمن أن يقوّم قائماً غير مقلوع، لأن القلع غير مستحق عليه قبل الوقت.

إلى المدة المضروبة وتعتبر القيمة يوم الاسترداد. بحر **(وإذا استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه قبل أن يحصد الزرع وقتها أو لا)** فتترك بأجر المثل مراعاة للحقين، فلو قال المعير: أعطيك البذر وكلفتك إن كان لم ينبت لم يجز، لأن بيع الزرع قبل نباته باطل، وبعد نباته فيه كلام أشار إلى الجواز في المغني. نهاية **(ومؤنة الرد على المستعير، فلو كانت مؤقتة فأمسكها بعده فهلكت ضمنها)** لأن مؤنة الرد عليه. نهاية **(إلا إذا استعارها ليرهنها)** فتكون كالإجارة. رهن الخانية **(وكذا الموصى له بالخدمة مؤنة الرد عليه، وكذا المؤجر والغاصب والمرتهن)** مؤنة الرد عليهم لحصول المنفعة

الملتقى. **قوله: (المضروبة)** فيضمن ما نقص عنها. **قوله: (القيمة)** أي: ابتداؤها[1]. **قوله: (وقتها)** بتشديد القاف. **قوله: (فتترك إلخ)** نص في البرهان على أن الترك بأجر استحسان، ثم قال في المبسوط ولم يبين في الكتاب أن الأرض تترك في يد المستعير إلى وقت إدراك الزرع بأجر أو بغير أجر، قالوا: وينبغي أن تترك بأجر المثل كما لو انتهت مدة الإجارة والزرع بقل بعد اهـ شرنبلالية. **قوله: (أعطيك البذر)** بضم الهمزة والبذر مفعوله. **قوله: (وكلفتك)** بضم الكاف وتسكين اللام وفتح الباقي. **قوله: (الجواز)** وهو المختار كما في الغياثية ط. **قوله: (على المستعير)**.

فروع: علف الدابة على المستعير مطلقة، أو مقيدة ونفقة العبد كذلك والكسوة على المستعير[2]. بزازية وقدمه الشارح أول الترجمة وآخر النفقة. جاء رجل إلى مستعير وقال: إني استعرت دابة عندك من ربها فلان فأمرني بقبضها فصدقه ودفعها ثم أنكر المعير أمره بذلك ضمن المستعير، ولا يرجع على القابض إذا صدقه، فلو كذبه أو لم يصدقه أو شرط عليه الضمان فإنه يرجع.

قال: وكل تصرف هو سبب الضمان لو ادعى المستعير أنه فعله بإذن المعير فكذبه ضمن المستعير ما لم يبرهن فصولين.

استعار قدراً لغسل الثياب ولم يسلمه حتى سرق ليلاً ضمن. بزازية. تأمل. **قوله: (لأن)** مستدرك بفاء التفريع. **قوله: (إلا إذا استعارها إلخ)** فمؤنة الرد على المعير، والفرق ما أشار إليه لأن هذه إعارة فيها منفعة لصاحبها فإنها تصير مضمونة في يد المرتهن، وللمعير أن يرجع على المستعير بقيمته، فكانت بمنزلة الإجارة، خانية. فقد حصل الفرق بين العارية للرهن وغيرها من وجهين: الأول هذا، والثاني ما مر في الباب قبله عند قوله: «بخلاف المستعير» والمستأجر أنه لو خالف ثم عاد إلى الوفاق برىء عن الضمان. أفاده في البحر. ....

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (أي: ابتداؤها)** لم يظهر معنى لهذا التفسير.

(2) **قال الرافعي: قوله: (والكسوة على المستعير)** صوابه: على المعير.

لهم، هذا لو الإخراج بإذن رب المال، وإلا فمؤنة ردّ مستأجر ومستعار على الذي أخرجه إجارة البزازية بخلاف شركة ومضاربة وهبة قضى بالرجوع. مجتبى (وإن رد المستعير الدابة مع عبده أو أجيره مشاهرة) لا مياومة (أو مع عبد ربها مطلقاً) يقوم عليها أو لا في الأصح (أو أجيره) أي: مشاهرة كما مر فهلكت قبل قبضها (برىء) لأنه أتى بالتسليم المتعارف (بخلاف نفيس) كجوهرة (وبخلاف الرد مع الأجنبي) أي: (بأن كانت العارية مؤقتة[1] فمضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبي) لتعديه بالإمساك بعد المدة (وإلا فالمستعير يملك الإيداع) ....

قوله: (هذا إلخ) الأولى ذكره قبل الغاصب، لأنه راجع إلى كون مؤنة الرد على المؤجر: يعني إنما تكون عليه إذا أخرجه المستأجر بإذنه، وإلا فعلى المستأجر، فيكون كالمستعير. وفي البحر عن الخلاصة: الأجير المشترك كالخياط ونحوه مؤنة الرد عليه لا على رب الثوب. قوله: (لو الإخراج) أي: إلى بلد آخر مثلاً، والظاهر: أن المراد بالإذن[2] الإذن صريحاً وإلا فالإذن دلالة موجود. تأمل. قوله: (بخلاف شركة إلخ) فإن أجرة ردها على صاحب المال والواهب كما في المنح. قوله: (مع عبده) أي: مع من في عيال المستعير. قهستاني. قال في الهامش: ردها مع من في عياله برىء. جامع الفصولين. قوله: (لا مياومة) لأنه ليس في عياله. قهستاني. قوله: (أو مع عبد إلخ) أي: مع من في عيال المعير. قهستاني. قوله: (يقوم عليها) أي: يتعاهدها كالسائس. قوله: (مع الأجنبي) قال في الهامش: المستأجر لو ردّ الدابة مع أجنبي ضمن. جامع الفصولين. قوله: (وإلا فالمستعير إلخ) إشارة إلى فائدة اشتراط التوقيت. قال الزيلعي: وهذا أي: قوله: بخلاف الأجنبي يشهد لمن قال من المشايخ: إن المستعير ليس له أن يودع، وعلى المختار تكون هذه المسألة محمولة على ما إذا كانت العارية موقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبي، لأنه بإمساكها بعد يضمن[3] لتعديه فكذا إذا تركها في يد الأجنبي اهـ. وفي البرهان: وكذا يعني يبرأ لو ردّها مع أجنبي على المختار بناء على ما قال مشايخ العراق: من أن المستعير يملك الإيداع،

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (بأن كانت العارية مؤقتة إلخ) علل الضمان فيما لو رد العارية مع أجنبي في «جامع الفصولين» بأن العارية انتهت بالفراغ عن الانتفاع، فبقي مودعاً فلا يودع اهـ، وعلى هذا لا حاجة لتقييد العارية بما إذا كانت مؤقتة، كما فعل المصنف تبعاً للزيلعي، ويزول إشكال هذه المسألة.

(2) قال الرافعي: قوله: (والظاهر أن المراد بالإذن إلخ) الظاهر كفاية الإذن دلالة وموضوع ما نحن فيه ما إذا استأجر الدابة مثلاً للحمل عليها في هذا اليوم، وانظر «التكملة».

(3) قال الرافعي: قوله: (لأنه بإمساكها بعد يضمن إلخ) هنا سقط، والأصل لأنه بإمساكها بعد مضي المدة يصير متعدياً حتى إذا هلكت في يده ضمن إلخ.

فيما يملك الإعارة (من الأجنبي) به يفتى. زيلعي. فتعين حمل كلامهم على هذا، وبخلاف رد وديعة ومغصوب إلى دار المالك فإنه ليس بتسليم (وإذا استعار أرضاً)

وعليه الفتوى، لأنه لما ملك الإعارة مع أن فيها إيداعاً وتمليك المنافع، فلأن يملك الإيداع وليس فيه تمليك المنافع أولى، وأولوا قوله: وإن ردها مع أجنبي ضمن إذا هلكت بأنها موضوعة فيما إذا كانت العارية موقتة وقد انتهت باستيفاء مدتها، وحينئذ يصير المستعير مودعاً والمودع لا يملك الإيداع بالاتفاق اهـ شرنبلالية.

قلت: ومثله في شروح الهداية، لكن تقدم متناً أنه يضمن في المؤقتة، وفي جامع الفصولين: لو كانت العارية موقتة فأمسكها بعد الوقت مع إمكان الرد ضمن، وإن لم يستعملها بعد الوقت هو المختار سواء توقتت نصاً أو دلالة، حتى إن من استعار قدوماً ليكسر حطباً فكسره فأمسك ضمن ولو لم يوقت اهـ. فعلى هذا فضمانه ليس بالإرسال مع الأجنبي، إلا أن يحمل على ما إذا لم يمكنه الرد. تأمل، ومع هذا يبعد هذا التأويل التقييد أوّلاً بالعبد والأجير فإنه على هذا لا فرق بينهما وبين الأجنبي، حيث لا يضمن بالرد قبل المدة مع أيّ من كان، ويضمن بعدها كذلك، فهذا أدل دليل على قول من قال: ليس له أن يودع، وصححه في النهاية كما نقله عنه في التاترخانية. قوله: (فيما يملك) وهو ما لا يختلف، وظاهره: أنه يملك الإيداع فيما يختلف وليس كذلك[1]. وعبارة الزيلعي: وهذا لأن الوديعة أدنى حالاً من العارية، فإذا كان يملك الإعارة فيما لا يختلف فأولى أن يملك الإيداع على ما بينا، ولا يختص بشيء دون شيء لأن الكل لا يختلف في حق الإيداع، وإنما يختلف في حق الانتفاع اهـ. اللهم إلا أن يقال «ما» عبارة عن الوقت: أي: في وقت يملك الإعارة، وهو قبل مضيّ المدة إذا كانت موقتة، وهو بعيد كما لا يخفى. تأمل.

فرع: في الهامش إذا اختلف المعير والمستعير في الانتفاع بالعارية فادعى المعير الانتفاع بقول مخصوص في زمن مخصوص وادعى المستعير الإطلاق القول قول المعير في التقييد، لأن القول له في أصل الإعارة فكذا في صفتها. قارىء الهداية في القول لمن. قوله: (على هذا) وهو كون العارية موقتة وقد مضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبي، لكن لا يخفى أن الضمان حينئذ بسبب مضيّ المدة لا من كونه بعثها مع الأجنبي، إذ لا فرق حينئذ بينه وبين غيره. قوله: (وبخلاف) معطوف على قول المتن: «بخلاف» وكان الأولى ذكره هناك. تأمل. قوله: (فإنه ليس إلخ) كذا في الهداية، ومسألة[2] الغير خلافية، ففي الخلاصة قال مشايخنا: يجب أن يبرأ. قال في الجامع

---

(1) قال الرافعي: قوله: (فيما يختلف وليس كذلك) لكن في السندي عن «الذخيرة» أن القول بأن العارية تودع أو لا تودع محله ما إذا كان المستعير يملك الإعارة، أما فيما لا يملكها لا يملك الإيداع بالاتفاق، فتقييد الشارح مبني على ذلك اهـ.

(2) قال الرافعي: قوله: (ومسألة الغير خلافية) لعله الغصب بدل الغير، وعبارة «الخلاصة»: الغاصب إذا رد إلى عبد يقوم عليها هل يبرأ؟ قال الصدر الشهيد: لم يذكر هذا في الأصل، وقال مشايخنا يجب إلخ.

بيضاء (للزراعة يكتب المستعير) أنك (أطعمتني أرضك لأزرعها) فيخصص لئلا يعم البناء، ونحوه (العبد المأذون يملك الإعارة، والمحجور إذا استعار واستهلكه يضمن بعد العتق، ولو أعار) عبد محجور عبداً محجوراً (مثله فاستهلكها[1] ضمن) الثاني (للحال ولو استعار ذهباً فقلده صبياً فسرق) الذهب (منه) أي: من الصبي (فإن كان

الصغير للإمام قاضيخان: السارق والغاصب لا يبرآن بالرد إلى منزل ربها أو مربطه أو أجيره أو عبده ما لم يردها إلى مالكها. قوله: (لأزرعها) للام للتعليل. قوله: (فيخصص) أي: فلا يقول: أعرتني. قوله: (يملك الإعارة) وكذا الصبيّ المأذون. وفي البزازية: استعار من صبيّ مثله[2] كالقدوم ونحوه إن مأذوناً، وهو ماله لا ضمان، وإن لغير الدافع المأذون يضمن الأول لا الثاني[3]، لأنه إذا كان مأذوناً صح منه الدفع وكان التلف حاصلاً بتسليطه، وإن الدافع محجوراً يضمن هو بالدفع والثاني بالأخذ لأنه غاصب الغاصب اهـ. قوله: (واستهلكه إلخ) لأن المعير سلطه على إتلافه وشرط عليه الضمان فصح تسليطه وبطل الشرط في حق المولى. درر. كذا في الهامش. قوله: (عبد محجور عبداً محجوراً) فعبد محجور فاعل[4] أعار وصفة فاعله، كما أن عبداً مفعوله وموصوف محجوراً. كذا ضبط بالقلم. قوله: (ضمن الثاني) لأنه أخذه بغير إذن فكان غاصباً. قوله: (للحال) لأن المحجور يضمن بإتلافه حالاً. درر. كذا في الهامش. ....

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (ولو أعار مثله فاستهلكها) كذلك الهلاك وقوله: ضمن الثاني للحال أي: ولا ضمان على الأول إن كان المدفوع مال سيده، وإن مال غيره عارية أو وديعة فبعد العتق، وإن غصباً فيضمن للحال.

(2) قال الرافعي: قوله: (وفي «البزازية» استعار من صبي مثله إلخ) في الفصل (٣٣) من «الفصولين» صبي استعار من صبي شيئاً فدفعه هو لغير الدافع، فلو كان الدافع مأذوناً يبرأ الآخذ لصحة أخذه، وضمن الدافع لتلف بتسليطه، ولو كان الدافع محجوراً ضمن كل منهما، إذ الدافع غاصب والآخذ غاصب الغاصب، أقول: لو أراد بالمأذون مأذوناً في التجارة لا في هذا الدفع ينبغي أن يضمن كل واحد منهما كما في المحجور، إذ الدافع غاصب حينئذ، وإن كان مأذوناً في التجارة لعدم الملك والإذن في الدفع فيصير الآخذ غاصب الغاصب، فينبغي أن يضمن كل منهما، ولو أراد الإذن في هذا الدفع أيضاً ينبغي أن لا يضمن الدافع أيضاً لإذن المالك اهـ. وفي حاشيته للقرماني بعد نقله عبارة «الفصولين» ما نصه: أقول: يحتمل أن يكون مأذوناً بالاستعمال بنفسه فقط، فإذا دفع إلى غيره فقد خالف أمر المالك، وهو موجب الضمان في حق نفسه دون الآخذ منه لأخذه بإذنه اهـ، فيكون الدافع المأذون بالاستعمال بعد الفراغ منه مودعاً على ما تقدم عن «الفصولين» وليس له الإيداع فيضمن به والآخذ مودعه ولا ضمان عليه، وكذلك يقال في مسألة «البزازية».

(3) قال الرافعي: قوله: (يضمن الأول لا الثاني) لم يظهر وجه عدم ضمان الثاني.

(4) قال الرافعي: قوله: (فعبد محجور فاعل إلخ) أي: أن لفظ محجور الأول صفة الفاعل والثاني صفة المفعول.

الصبيّ يضبط) حفظ **(ما عليه)** من اللباس **(لم يضمن وإلا ضمن)** لأنه إعارة والمستعير يملكها **(وضعها)** أي: العارية **(بين يديه فنام فضاعت لم يضمن لو نام جالساً)** لأنه لا يعد مضيعاً لها **(وضمن لو نام مضطجعاً)** لتركه الحفظ **(ليس للأب إعارة مال طفله)** لعدم البدل، وكذا القاضي والوصيّ **(طلب)** شخص **(من رجل ثوراً عارية فقال: أعطيك غداً، فلما كان الغد ذهب الطالب وأخذه بغير إذنه واستعمله فمات)** الثور **(لا ضمان عليه)** خانية عن إبراهيم بن يوسف، لكن في المجتبى وغيره أنه يضمن.

(جهز ابنته بما يجهز به مثلها ثم قال: كنت أعرتها الأمتعة إن العرف مستمراً) بين الناس **(أن الأب يدفع ذلك)** الجهاز **(ملكاً لا إعارة لا يقبل قوله)** إنه إعارة، لأن

قوله: **(لأنه)** علة لقوله: لم يضمن. قوله: **(يملكها)** أي: الإعارة. قوله: **(وضعها)** أي: المستعير. قوله: **(يديه)** أي: يدي المستعير. قوله: **(مضطجعاً)** هذا في الحضر. **قال في جامع الفصولين**: المستعير إذا وضع العارية بين يديه ونام مضطجعاً ضمن في حضر لا في سفر، ولو نام فقطع رجل مقود الدابة في يده لم يضمن في حضرٍ وسفر، ولو أخذ المقود من يده ضمن لو نام مضطجعاً في الحضر وإلا فلا اهـ. وفي البزازية: نام المستعير في المفازة ومقودها في يده فقطع السارق المقود لا يضمن، وإن جذب المقود من يده ولم يشعر به يضمن. **قال الصدر**: هذا إذا نام مضطجعاً، وإن جالساً لا يضمن في الوجهين، وهذا لا يناقض ما مر[1] أن نوم المضطجع في السفر ليس بترك للحفظ، لأن ذاك في نفس النوم وهذا في أمر زائد على النوم اهـ. وفيها استعار منه مراً للسقي واضطجع ونام وجعل المر تحت رأسه لا يضمن، لأنه حافظ؛ إلا أن السارق من تحت[2] رأس النائم يقطع وإن كان في الصحراء، وهذا في غير السفر، وإن في السفر لا يضمن نام قاعداً أو مضطجعاً والمستعار تحت رأسه أو بين يديه أو بحواليه يعدّ حافظاً اهـ. قوله: **(أنه يضمن)** وبه جزم في البزازية. قال: لأنه أخذ بلا إذنه وقال: ولو استعار من آخر ثوره غداً فقال: نعم فجاء المستعير غداً فأخذه فهلك لا يضمن، لأنه استعاره منه غداً وقال: نعم فانعقدت الإعارة، وفي المسألة الأولى وعد الإعارة لا غير. قوله: **(جهز ابنته إلخ)** وفي الولوالجية: إذا جهز الأب ابنته ثم بقية الورثة يطلبون القسمة منها، فإذا كان الأب اشترى لها في صغرها أو بعدما كبرت وسلم إليها وذلك في صحته فلا سبيل للورثة عليه ويكون للبنت خاصة اهـ منح. كذا في الهامش.

---

(1) **قال الرافعي**: قوله: **(وهذا لا يناقض ما مر)** أي: في كلام البزازي ويناقض ما قاله في «الفصولين» بقوله: وإلا فلا فإنه صادق بعبارة «البزازية» إلا أن يخصص بغير صورة البزازي.

(2) **قال الرافعي**: قوله: **(إلا أن السارق من تحت إلخ)** هنا سقط، وأصله: ألا يرى أن السارق إلخ.

الظاهر يكذبه (وإن لم يكن) العرف (كذلك) أو تارة وتارة[1] (فالقول له)[2] به يفتى، كما لو كان أكثر مما يجهز به مثلها فإن القول له اتفاقاً (والأم) ووليّ الصغيرة (كالأب) فيما ذكر وفيما يدعيه الأجنبي بعد الموت لا يقبل إلا ببينة. شرح وهبانية. وتقدم في باب المهر وفي الأشباه (كل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها قبل قوله) بيمينه (كالمودع إذا ادعى الرد والوكيل والناظر إذا ادعى الصرف إلى الموقوف عليهم) يعني من الأولاد والفقراء وأمثالهما، وأما إذا ادعى الصرف إلى وظائف المرتزقة فلا يقبل قوله في حق أرباب الوظائف، لكن لا يضمن ما أنكروه له، بل يدفعه ثانياً من مال الوقف كما بسطه في حاشية أخي زاده.

قلت: وقد مر في الوقف عن المولى أبي السعود واستحسنه المصنف وأقرّه ابنه، فليحفظ (وسواء كان في حياة مستحقها أو بعد موته إلا في الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنه قبضه ودفعه له في حياته لم يقبل قوله إلا ببينة، بخلاف

قوله: (فإن القول له) ظاهره: أن القول له حينئذ في الجميع لا في الزائد على جهاز المثل، وليحرر. **قوله:** (وأمثالهما) كالعلماء والأشراف. **قال بعض الفضلاء:** ينبغي أن يقيد بأن لا يكون الناظر معروفاً بالخيانة كأكثر نظار زماننا، بل يجب أن لا يفتوا بهذه المسألة. حموي ط. **قوله:** (المرتزقة) مثل الإمام والمؤذن والبواب لأن له شبهاً بالأجرة، بخلاف الأولاد ونحوهم لأنه صلة محضة. **قوله:** (أخي زاده) أي: على صدر الشريعة. **قوله:** (مستحقها) أي: الأمانات. **قوله:** (إلا في الوكيل) أفاد الحصر قبول القول من وكيل البيع، ويؤيده ما في وكالة الأشباه[3]: إذا قال بعد موت الموكل: بعته من فلان بألف درهم وقبضتها وهلكت وكذبته الورثة في البيع فإنه لا يصدق إذا كان المبيع قائماً بعينه، بخلاف ما إذا كان هالكاً. سائحاني. **قوله:** (بعد موت الموكل) بخلافه في حياته.

فروع: شبحي لو ذهب إلى مكان غير المسمى ضمن ولو أقصر منه، وكذا لو أمسكها في بيته ولم يذهب إلى المسمى ضمن. قاضيخان: لأنه أعارها للذهاب لا للإمساك في البيت. يقول

---

(1) **قال الرافعي:** قول الشارح: (أو تارة وتارة) لا حاجة إليه.

(2) **قال الرافعي:** قول المصنف: (فالقول له) أي: الأب فيما زاد على جهاز مثلها لا في الكل. سندي.

(3) **قال الرافعي:** قوله: (ويؤيده ما في وكالة «الأشباه» إلخ) علله في «الولوالجية» بأن المبيع إذا كان قائماً كان ملك الورثة ظاهراً فيه، فالوكيل بهذا الإخبار يريد إزالة ملكهم ظاهراً فلم يصح إخباره، أما إذا كان هالكاً فالوكيل بهذا الإخبار لا يريد إزالة ملك الورثة، بل ينكر وجوب الضمان بإضافة البيع إلى حالة الحياة، والورثة يدعون الضمان بالبيع بعد الموت، فيكون القول قول المنكر اهـ. بيري.

الوكيل بقبض العين) كوديعة قال: قبضتها في حياته وهلكت وأنكرت الورثة أو قال: دفعتها إليه فإنه يصدق، لأنه ينفي الضمان عن نفسه، بخلاف الوكيل بقبض الدين، لأنه يوجب الضمان على الميت وهو ضمان مثل المقبوض فلا يصدق. وكالة الولوالجية.

قلت: وظاهره أنه لا يصدق لا في حق نفسه ولا في حقّ الموكل، وقد أفتى بعضهم أنه يصدق في حق نفسه لا في حق الموكل، وحمل عليه كلام الولوالجية فيتأمل عند الفتوى.

الحقير: يرد على المسألتين إشكال وهو أن المخالفة فيهما إلى خير لا إلى شر، فكان الظاهر أن لا يضمن فيهما، ولعل في المسألة الثانية روايتين، إذ قد ذكر في يد: لو استأجر قدوماً لكسر الحطب فوضعه في بيته فتلف بلا تقصير قيل ضمن وقيل لا شحي، والمكث المعتاد عفو. نور العين. إذا مات المعير أو المستعير تبطل الإعارة. خانية.

استعار من آخر شيئاً فدفعه ولده الصغير المحجور عليه إلى غيره بطريق العارية فضاع يضمن الصبيّ الدافع وكذا المدفوع إليه، تاترخانية عن المحيط.

رجل استعار كتاباً فضاع فجاء صاحبه وطالبه فلم يخبره بالضياع ووعده بالرد ثم أخبره بالضياع. قال في بعض المواضع: إن لم يكن آيساً من رجوعه فلا ضمان عليه، وإن كان آيساً ضمن، لكن هذا خلاف ظاهر الرواية. قال في الكتاب: يضمن لأنه متناقض. ولوالجية.

وفيها: استعار ذهباً فقلده صبياً فسرق: إن كان الصبيّ يضبط حفظ ما عليه لا يضمن، وإلا ضمن.

وفيها: دخل بيته بإذنه فأخذ إناء لينظر إليه فوقع لا يضمن ولو أخذه بلا إذنه، بخلاف ما لو دخل سوقاً يباع فيه الإناء يضمن اهـ.

جاء رجل إلى مستعير وقال: إني استعرت دابة عندك من ربها فلان فأمرني بقبضها فصدقه ودفعها ثم أنكر المعير أمره ضمن المستعير ولا يرجع على القابض، فلو كذبه أو لم يصدقه أو شرط عليه الضمان فإنه يرجع. قال: وكل تصرف هو سبب للضمان لو ادعى المستعير أنه فعله بإذن المعير وكذبه المعير ضمن المستعير ما لم يبرهن. فصولين.

وفيه: استعاره وبعث قنه ليأتي به فركبه قنه فهلك به ضمن القن ويباع فيه حالاً، بخلاف قن محجور أتلف وديعة قبلها بلا إذن مولاه اهـ. قوله: (في حياته) أي: الموكل. قوله: (مثل المقبوض) لأن الديون تقضى بأمثالها. قوله: (لا في حق نفسه) أي: فيضمن. قوله: (ولا في حق الموكل) أي: في إيجاب الضمان عليه بمثل المقبوض. قوله: (بعضهم) هو من معاصري صاحب

فروع: أوصى بالعارية ليس للورثة الرجوع.

العارية كالإجارة تنفسخ بموت أحدهما.

مات وعليه دين وعنده وديعة بغير عينها فالتركة بينهم بالحصص.

استأجر بعيراً إلى مكة فعلى الذهاب، وفي العارية على الذهاب والمجيء لأن ردها عليه[1].

استعار دابة للذهاب فأمسكها في بيته فهلكت ضمن، لأنه أعارها للذهاب لا للإمساك.

استقرض ثوباً فأغار عليه الأتراك لم يضمن لأنه عارية عرفاً. استعار أرضاً ليبني ويسكن وإذا خرج فالبناء للمالك فللمالك أجر مثلها مقدار السكنى والبناء للمستعير لأن الإعارة تمليك بلا عوض فكانت إجارة معنى وفسدت بجهالة المدة. وكذا لو شرط الخراج على المستعير لجهالة البدل، والحيلة أن يؤجره الأرض سنين معلومة ببدل معلوم ثم يأمره بأداء الخراج منه.

استعار كتاباً فوجد به خطأ أصلحه إن علم رضا صاحبه.

المنح كما ذكره فيها، وذكر الرملي في حاشيتها أنه هو الذي لا محيد عنه، وليس في كلام أئمتنا ما يشهد لغيره. تأمل اهـ.

قلت: وللشرنبلالي رسالة في هذه المسألة فراجعها كما أشرنا إليه في كتاب الوكالة وكتبت منها شيئاً في هامش البحر هناك. قوله: (بينهم) أي: بين أصحاب الدين ورب الوديعة. قوله: (لأنه عارية) أي: فلا يضمن إلا بالتعدي ولم يوجد. قوله: (بلا عوض) أي: وهنا جعل له عوضاً. وفي البزازية: دفع داره على أن يسكنها ويرمها ولا أجر فهي عارية، لأن المرمة من باب النفقة وهي على المستعير: وفي كتاب العارية بخلافه. سائحاني. قوله: (بجهالة المدة) عبارة البحر عن المحيط: لجهالة المدة والأجرة، لأن البناء مجهول فوجب أجر المثل اهـ. فأفاد أن الحكم كذلك لو بين المدة لبقاء جهالة الأجرة وهو ظاهر. قوله: (لو شرط إلخ) أي: تكون إجارة فاسدة لأنه عليه ولما شرطه على المستعير، فقد جعله بدلاً عن المنافع فقد أتى بمعنى الإجارة والعبرة في العقود للمعاني. قوله: (لجهالة البدل) أما لو كان خراج المقاسمة فلأن بعض الخارج يزيد وينقص، وأما إذا كان خراجاً موظفاً فإنه وإن كان مقدراً إلا أن الأرض إذا لم تحتمله ينقص عنه. منح ملخصاً. قوله: (منه) أي: من ذلك البدل. ....

---

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (لأن ردها عليه) التعليل الصحيح العرف.

قلت: ولا يأثم بتركه إلا في القرآن، لأن إصلاحه واجب بخط مناسب. وفي الوهبانية:

وَسِفْرٌ رَأَى إِصْلاَحَهُ مُسْتَعِيرُهُ ... يَجُوزُ إِذَا مَوْلاَهُ لاَ يَتَأَثَّرُ
وَأَيُّ مُعِيرٍ لَيْسَ يَمْلِكُ أَخْذَ مَا ... أَعَارَ وَفِي غيرِ الرِّهَانِ التَّصَوُّرُ
وَهَلْ وَاهِبٌ لابْنٍ يَجُوزُ رُجُوعُهُ ... وَهَلْ مُودِعٌ مَا ضَيَّعَ المَالَ يخسَرُ

قوله: (وأي معير إلخ) أرض آجرها[1] المالك للزراعة ثم أعارها من المستأجر وزرعها المستعير، فلا يملك استرجاعها لما فيه من الضرر، وتنفسخ الإجارة حين الإعارة. ابن الشحنة، كذا في الهامش. قوله: (يجوز رجوعه) والجواب أن هذا الابن مملوك الغير والمملوك لا يملك شيئاً فيقع لغيره وهو سيده فيصح الرجوع. كذا في الهامش. قوله: (وهل مودع) المودع لو دفع الوديعة إلى الوارث بلا أمر القاضي ضمن إن كانت مستغرقة بالدين ولم يكن مؤتمناً، وإلا فلا إذا دفع لبعضهم فوائد زينية. كذا في الهامش.

(1) قال الرافعي: قوله: (أرض آجرها إلخ) لا حاجة له في التمثيل.

٣١ ـ كِتَابُ الْهِبَةِ

وجه المناسبة ظاهر (هي) لغة: التفضل على الغير ولو غير مال. وشرعاً: (تمليك العين مجاناً) أي: بلا عوض، ....

كِتَابُ الهِبَةِ

قوله: (وجه المناسبة ظاهر) لأن ما قبلها تمليك المنفعة بلا عوض وهي تمليك العين كذلك. قوله: (مجاناً) زاد ابن الكمال للحال لإخراج الوصية. قوله: (بلا عوض) أي: بلا شرط عوض[1] فهو على حذف مضاف، لكن هذا يظهر لو قال: بلا عوض كما في الكنز، لأن معنى مجاناً عدم العوض لا عدم اشتراطه، على أنه اعترضه الحموي[2] كما في أبي السعود بأن قوله: «بلا عوض» نص في اشتراط عدم العوض والهبة بشرط العوض نقيضه فكيف يجتمعان اهـ: أي: فلا يتم المراد بما ارتكبه، وهو شمول التعريف للهبة بشرط العوض، لأنه يلزم خروجها عن التعريف حينئذ كما نبه عليه في العزمية أيضاً.

قلت: التحقيق أنه إن جعلت الباء[3] للملابسة متعلقة بمحذوف حالاً من تمليك لزم ما ذكر، أما لو جعل المحذوف خبراً بعد خبر: أي: هي كائنة بلا شرط عوض على معنى أن العوض

---

(1) قال الرافعي: قوله: (أي: بلا شرط عوض) والأولى للشارح الإتيان حتى يظهر قوله: لا أن إلخ.

(2) قال الرافعي: قوله: (على أنه اعترضه الحموي إلخ) كأن الحموي فهم أن المراد بالشرط من قوله: بلا شرط عوض الشرط من المتعاقدين، مع أنه ليس مراداً بل المراد أن الشارع لم يشترط العوض لتحققها، ولا شك أن هذا صادق بما إذا لم يوجد أصلاً أو وجد مع عدم اشتراط الشارع له تأمل، وعبارة الحموي: بلا عوض أي: بغير بدل، فخرج البيع وهذا تعريف للهبة المطلقة لا لمطلق الهبة، وحينئذ فلا حاجة إلى ما قيل أي: بلا شرط العوض لا أن عدم العوض شرط فيه، لأن قوله: بلا عوض نص إلخ، وانظر ما في تكملة «الفتح».

(3) قال الرافعي: قوله: (قلت والتحقيق أنه إن جعلت الباء إلخ) فيه أنه إذا لوحظ تقدير المضاف لا يكون فرق بين جعل المتعلق الخبر أو الحال المذكورين، وإذا لم يقدر لا يكون فرق بينهما، فالمدار على تقديره لا على المتعلق تأمل.

لا أن عدم العوض شرط فيه، وأما تمليك الدين من غير من عليه الدين فإن أمره بقبضه صحت لرجوعها إلى هبة العين (وسببها: إرادة الخير للواهب) دنيوي كعوض ومحبة وحسن ثناء. وأخروي قال الإمام أبو منصور: يجب على المؤمن أن يعلم ولده الجود والإحسان كما يجب عليه أن يعلمه التوحيد والإيمان، إذ حبّ الدنيا رأس كل خطيئة. نهاية مندوبة. وقبولها سنة. قال ﷺ: «تهادوا تحابوا»[١].

(وشرائط صحتها في الواهب: العقل والبلوغ والملك) فلا تصح هبة صغير ورقيق ولو مكاتباً.

فيها غير شرط، بخلاف البيع والإجارة فلا يرد ما ذكر، فتدبر. قوله: (شرط فيه) وإلا لما شمل الهبة بشرط العوض ح. قوله: (وأما تمليك الدين إلخ) جواب عن سؤال مقدر، وهو أن تقييده بالعين مخرج لتمليك الدين من غير من عليه مع أنه هبة فيخرج عن التعريف. فأجاب: بأنه يكون عيناً مآلاً، فالمراد بالعين في التعريف ما كان عيناً حالاً أو مآلاً. قال بعض الفضلاء: ولهذا لا يلزم إلا إذا قبض، وله الرجوع قبله فله منعه، حيث كان بحكم النيابة عن القبض، وعليه تبتنى مسألة موت الواهب قبل قبض الموهوب له في هذه، فتأمل. بقي هل الإذن يتوقف على المجلس؟ الظاهر: نعم فليراجع[1]، ولا ترد هبة الدين ممن عليه فإنه مجاز عن الإبراء والفرد المجازي لا ينقض، والله سبحانه أعلم اهـ. قوله: (صحت) أي: ويكون وكيلاً عنه فيه. قال في البحر عن المحيط: ولو وهب ديناً له على رجل وأمره أن يقبضه فقبضه جازت الهبة استحساناً فيصير قابضاً للواهب بحكم النيابة ثم يصير قابضاً لنفسه بحكم الهبة، وإن لم يأذن بالقبض لم يجز اهـ.

وفي أبي السعود عن الحموي: ومنه يعلم أن تصيير معلومه المتجمد للغير بعد فراغه له غير صحيح ما لم يأذنه بالقبض[2] وهي واقعة الفتوى. وقال في الأشباه: صحت، ويكون وكيلاً قابضاً للموكل ثم لنفســه، ومقتضاه عزله[3] عن التسليط قبل القبض اهـ. قوله: (قال الإمام) بيان للأخروي ح. قوله: (يعلم) بكسر اللام مشددة. قوله: (تهادوا تحابوا) بفتح تاء تهادوا وهائه وداله وإسكان واوه، وتحابوا بفتح تائه وحائه وضم بائه مشددة. قوله: (ولو مكاتباً) فغيره كالمدبر وأم

---

(1) قال الرافعي: قوله: (الظاهر نعم فليراجع) الظاهر من عباراتهم عدم التوقف على الإذن في المجلس، فإنهم إنما شرطوا لصحة الهبة الإذن ولم يشترطوا أن يكون في المجلس.

(2) قال الرافعي: قوله: (غير صحيح ما لم يأذنه بالقبض) فيه تأمل، بل هذا من مسائل هبة العين، فيقال فيه ما قيل فيها مع شرط عدم الشيوع.

(3) قال الرافعي: قوله: (ومقتضاه عزله) فيه سقط، وأصله: ومقتضاه أن له عزله.

---

(١) رواه الموطأ في كتاب: حسن الخلق، باب: ما جاء في المهاجرة (٢/ ٩٠٨). جامع الأصول: ٦/ ٦١٨ (٤٨٨٠).

(و) شرائط صحتها (في الموهوب أن يكون مقبوضاً غير مشاع مميزاً غير مشغول) كما سيتضح.

(وركنها): هو (الإيجاب والقبول) كما سيجيء.

الولد والمبعض بالأولى. قوله: (صحتها) أي: بقائها على الصحة كما سيأتي. قوله: (مقبوضاً) رجل أضلّ لؤلؤة فوهبها لآخر وسلطه على طلبها وقبضها متى وجدها. قال أبو يوسف: هذه هبة فاسدة لأنها على خطر، والهبة لا تصح مع الخطر. وقال زفر: تجوز. خانية. قوله: (مشاع) أي: فيما يقسم كما يأتي وهذا في الهبة، وأما إذا تصدق بالكل على اثنين فإنه يجوز على الأصح. بحر: أي: بخلاف ما إذا تصدق بالبعض على واحد فإنه لا يصح كما يأتي آخر المتفرقات، لكن سيأتي أيضاً أنه لا شيوع في الأولى، وقد ذكر في البحر هنا أحكام المشاع وعقد لها في جامع الفصولين ترجمة فراجعه.

فائدة: من أراد أن يهب نصف دار مشاعاً يبيع منه نصف الدار بثمن معلوم ثم يبريه عن الثمن. بزازية. قوله: (هو الإيجاب) وفي خزانة الفتاوى: إذا دفع لابنه مالاً فتصرف فيه الابن يكون للأب إلا إذا دلت دلالة التمليك. بيري.

قلت: فقد أفاد أن التلفظ بالإيجاب والقبول لا يشترط، بل تكفي القرائن الدالة على التمليك، كمن دفع لفقير شيئاً وقبضه ولم يتلفظ واحد منهما بشيء، وكذا يقع في الهدية ونحوها فاحفظه، ومثله ما يدفعه لزوجته أو غيرها، قال: وهبت منك هذه العين فقبضها الموهوب له بحضرة الواهب ولم يقل قبلت صح، لأن القبض في باب الهبة جار مجرى الركن فصار كالقبول. ولوالجية. وفي شرح المجمع لابن ملك عن المحيط: لو كان أمره بالقبض حين وهب لا يتقيد بالمجلس ويجوز قبضه بعده. قوله: (والقبول) فيه خلاف. ففي القهستاني: وتصح الهبة بكوهبت، وفيه دلالة على أن القبول ليس بركن كما أشار إليه في الخلاصة وغيرها. وذكر الكرماني أن الإيجاب في الهبة عقد تام. وفي المبسوط: أن القبض كالقبول في البيع، ولذا لو وهب الدين من الغريم لم يفتقر إلى القبول كما في الكرماني، لكن في الكافي والتحفة أنه ركن، وذكر في الكرماني: أنها تفتقر إلى الإيجاب لأن ملك الإنسان لا ينقل إلى الغير بدونه تمليكه؛ وإلى القبول لأنه إلزام الملك على الغير، وإنما يحنث إذا حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل، لأن الغرض عدم إظهار الجود وقد وجد الإظهار، ولعل الحق الأول[1]، فإن في التأويلات التصريح بأنه غير لازم ولذا قال أصحابنا: لو وضع ماله في طريق ليكون ملكاً للرافع جاز اهـ. وسيأتي

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ولعل الحق الأول) يدل له ما في «المنبع» عن «البدائع» ركن الهبة الإيجاب من الواهب، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً، والقياس أن يكون ركناً، وبه قال زفر.

(وحكمها: ثبوت الملك للموهوب له غير لازم) فله الرجوع والفسخ (وعدم صحة خيار الشرط فيها)[1] فلو شرطه صحت إن اختارها قبل تفرقهما، وكذا لو أبرأه صح الإبراء وبطل الشرط. خلاصة.

(و) حكمها (أنها لا تبطل بالشروط الفاسدة) فهبة عبد على أن يعتقه تصح ويبطل الشرط (وتصح بإيجاب كوهبت ونحلت وأطعمتك هذا الطعام ولو) ذلك (على وجه المزاح)[2] بخلاف أطعمتك أرضي فإنه عارية لرقبتها وإطعام لغلتها. بحر (أو الإضافة إلى ما) أي: إلى جزء (يعبر به عن الكل كوهبت لك فرجها وجعلته لك) لأن اللام للتمليك، بخلاف جعلته باسمك ....

تمامه قريباً. قوله: (فلو شرطه) بأن وهبه على أن الموهوب له بالخيار ثلاثة أيام. قوله: (وكذا لو إلخ) أي: لا يصح خيار الشرط: أي: لو أبرأه على أنه بالخيار ثلاثة أيام يصح الإبراء، ويبطل الخيار. منح. وهذا مخالف لما مر في باب خيار الشرط[3]. قوله: (المزاح) رده المقدسي على صاحب البحر وأجبنا عنه في هامشه. قوله: (بخلاف جعلته باسمك) قال في البحر: قيد بقوله: «لك» لأنه لو قال: جعلته باسمك لا يكون هبة، ولهذا قال في الخلاصة: لو غرس لابنه كرماً إن قال: جعلته لابني يكون هبة، وإن قال: باسم ابني لا يكون هبة، ولو قال: أغرس باسم ابني فالأمر متردد وهو إلى الصحة أقرب اهـ. وفي المنح عن الخانية بعد هذا: قال: جعلته لابني فلان يكون هبة، لأن الجعل عبارة عن التمليك، وإن قال: أغرس باسم ابني لا يكون هبة، وإن قال: جعلته باسم ابني يكون هبة، لأن الناس يريدون به التمليك والهبة اهـ. وفيه مخالفة لما في الخلاصة كما لا يخفى اهـ. قال الرملي: أقول: ما في الخانية أقرب لعرف الناس. تأمل اهـ. وهنا تكملة لهذه لكن أظن أنها مضروب عليها لفهمها مما مر وهي ظاهرة أنه أقره على المخالفة، وفيه

---

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (وعدم صحة خيار الشرط فيها) عدم صحة خيار الشرط فيها صادق ببطلانه فقط كما في الإبراء وبطلانهما معاً كما في الهبة، فاستقام كلام المتن وصح قول الشارح: وكذا لو إلخ، واندفع ما قاله ط تأمل. وعبارة «الخلاصة»: ولو وهب على أن الموهوب له بالخيار ثلاثة أيام إن اختارها قبل أن يتفرقا جاز، ولو أبرأه عن الدين على أنه بالخيار ثلاثة أيام صح الإبراء وبطل الشرط.

(2) قال الرافعي: قول المصنف: (ولو ذلك على وجه المزاح) أي: ما ذكر من الإيجاب ويوافقه ما في القهستاني: وشريعة تمليك العين ولو هازلاً اهـ وبه يسقط ما في التكملة تبعاً لحاشية «البحر» من أن الهزل في طلب الهبة لا في الإيجاب، لكن الانعقاد به محل تأمل، فإن الهبة تمليك وهو يعتمد الرضا: والرضا غير حاصل مع الهزل.

(3) قال الرافعي: قوله: (وهذا مخالف لما مر في باب خيار الشرط) تقدم له مايفيد أن المسألة خلافية.

فإنه ليس بهبة، وكذا شي لك حلال إلا أن يكون قبله كلام يفيد الهبة. خلاصة (وأعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة) ناوياً بالحمل الهبة كما مر (وكسوتك هذا الثوب وداري لك هبة) أو عمرى (تسكنها) لأن قوله: تسكنها مشورة لا تفسير، لأن الفعل لا يصلح تفسيراً للاسم فقد أشار عليه في ملكه بأن يسكنه، فإن شاء قبل مشورته وإن شاء لم يقبل (لا) لو قال (هبة سكنى أو سكنى هبة) بل تكون عارية أخذاً بالمتيقن.

وحاصله: أن اللفظ إن أنبأ عن تملك الرقبة فهبة، أو المنافع فعارية، أو احتمل اعتبر النية: نوازل. وفي البحر: أغرسه باسم ابني الأقرب الصحة

أن ما في الخانية فيه لفظ الجعل[1] وهو مراد به التمليك، بخلاف ما في الخلاصة اهـ. تأمل. نعم عرف الناس التمليك مطلقاً. تأمل. قوله: (ليس بهبة) بقي ما لو قال: ملكتك هذا الثوب مثلاً فإن قامت قرينه على الهبة صحت، وإلا فلا لأن التمليك أعم منها لصدقه على البيع والوصية والإجارة وغيرها، وانظر ما كتبناه في آخر هبة الحامدية، وفي الكازروني أنها هبة.

فروع: في الهامش: رجل قال لرجل: قد متعتك بهذا الثوب أو هذه الدراهم فقبضها فهي هبة، وكذا لو قال لامرأة قد تزوجها على مهر مسمى: قد متعتك بهذه الثياب أو بهذه الدارهم فهي هبة. كذا في محيط السرخسي. فتاوى هندية.

أعطى لزوجته دنانير لتتخذ بها ثياباً وتلبسها عنده فدفعتها معاملة فهي لها. قنية.

اتخذ لولده الصغير ثوباً يملكه وكذا الكبير بالتسليم. بزازية.

لو دفع إلى رجل ثوباً وقال: ألبس نفسك ففعل يكون هبة ولو دفع دراهم وقال: أنفقها عليك يكون قرضاً. باقاني.

اتخذ لولده ثياباً ليس له أن يدفعها إلى غيره، إلا إذا بين وقت الاتخاذ أنها عارية، وكذا لو اتخذ لتلميذه ثياباً[2] فأبق التلميذ فأراد أن يدفعها إلى غيره. بزازية. كذا في الهامش. قوله: (مشورة) بضم الشين: أي: فقد أشار في ملكه بأن يسكنه، فإن شاء قبل مشورته وإن شاء لم يقبل، كقوله: هذا الطعام لك تأكله أو هذا الثوب لك تلبسه. بحر. قوله: (لو قال: هبة سكنى) منصوب على الحال أو التمييز. بحر. قوله: (أو سكنى هبة) بالنصب. قوله: (باسم ابني) قدمنا الكلام فيه تقريباً.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وفيه أن ما في «الخانية» فيه لفظ الجعل إلخ) فيه أن ما في «الخلاصة» فيه لفظ الجعل أيضاً المسلط على قوله باسم ابني، نعم في «الخلاصة» تردد في قوله: أغرس باسم إلخ، وجزم في «الخانية» بعدم الهبة.

(2) قال الرافعي: قوله: (وكذا لو اتخذ لتلميذه ثياباً إلخ) هذا محمول على ما إذا تمت الهبة له كأن سلمها للتلميذ، فلا ينافي ما نقله في «التكملة» عن «الخانية» من الفرق بينه وبين الولد الصغير.

(و) تصح (بقبول) أي: في حق الموهوب له، أما في حق الواهب فتصح بالإيجاب وحده لأنه متبرع، حتى لو حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برّ وبعكسه حنث، بخلاف البيع (و) تصح (بقبض بلا إذن في المجلس) فإنه هنا كالقبول فاختص بالمجلس (وبعده به) أي: بعد المجلس بالإذن. وفي المحيط: لو كان أمره بالقبض حين وهبه لا يتقيد بالمجلس ويجوز القبض بعده (والتمكن من القبض كالقبض، فلو وهب لرجل ثياباً في صندوق مقفل ودفع إليه الصندوق لم يكن قبضاً) لعدم تمكنه من القبض (وإن مفتوحاً كان قبضاً لتمكنه منه) فإنه كالتخلية في البيع. اختيار. وفي الدرر: والمختار صحته بالتخلية في صحيح الهبة لا فاسدها، وفي النتف: ثلاثة عشر

أقول: قوله: جعلته باسمك غير صحيح كما مر، فكيف يكون ما هو أدنى رتبة منه أقرب إلى الصحة؟ سائحاني.

قلت: قد يفرق بأن ما مر ليس خطاباً لابنه بل لأجنبي(1)، وما هنا مبني على العرف. تأمل.

قوله: (وتصح بقبول) أي: ولو فعلاً، ومنه وهبت جاريتي هذه لأحدكما فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهما تكون له وكان أخذه قبولاً. وما في المحيط من أنها تدل على أنه لا يشترط في الهبة القبول مشكل. بحر.

قلت: يظهر لي أنه أراد بالقبول قولاً، وعليه يحمل كلام غيره أيضاً، وبه يظهر التوفيق بين القولين(2) باشتراط القبول وعدمه والله الموفق، وقدمنا نظيره في العارية وانظر ما كتبناه على البحر. نعم القبول شرط لو كان الموهوب في يده كما يأتي. قوله: (بخلاف البيع) فإنه إن لم يقبل لم يحنث. قوله: (صحته) أي: القبض بالتخلية. قال في التاترخانية: وهذا الخلاف في الهبة الصحيحة، فأما الهبة الفاسدة فالتخلية ليست بقبض اتفاقاً، والأصح أن الإقرار بالهبة لا يكون إقراراً بالقبض، خانية. قوله: (وفي النتف ثلاثة عشر) أحدها: الهبة. والثاني: الصدقة. والثالث: الرهن. والرابع: الوقف في قول محمد بن الحسن والأوزاعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح. والخامس: العمرى. ....

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ليس خطاباً لابنه بل لأجنبي إلخ) لو قال: وبالاتخاذ للأجنبي لا تتم الهبة وما هنا فيما لو قال: ذلك للابن فيغرسه بعد هذه المقالة يكون له أو ما هنا مبني على العرف لتم الفرق تأمل.

(2) قال الرافعي: قوله: (وبه يظهر التوفيق بين القولين إلخ) بل الخلاف حقيقي كما يظهر من فروعهم، ومن هذا ما نقله في التكملة هنا عن «التتارخانية» عن «الذخيرة»، نعم من اشترط القبول أراد به ما يشمل الفعل ومن لم يشترطه قال: لا بد منه للدخول في ملكه لا لتحقق الهبة، وبهذا تندفع المخالفة في الفروع المذكورة في «التكملة».

عقداً لا تصح بلا قبض (ولو نهاه) عن القبض (لم يصح) قبضه (مطلقاً) ولو في المجلس لأن الصريح أقوى من الدلالة (وتتم) الهبة (بالقبض) الكامل (ولو الموهوب شاغلاً لملك الواهب لا مشغولاً به) والأصل أن الموهوب إن مشغولاً بملك الواهب منع تمامها، ....

والسادس: النحلة[1]. والسابع: الجنين[2]. والثامن: الصلح[3]. والتاسع: رأس المال في السلم. والعاشر: البدل في السلم إذا وجد بعضه زيوفاً، فإن لم يقبض بدلها قبل الافتراق بطل حصتها من السلم. والحادي عشر: الصرف. والثاني عشر: إذا باع الكيلي بالكيلي والجنس مختلف مثل الحنطة بالشعير جاز فيه التفاضل لا النسيئة. والثالث عشر: إذا باع الوزني بالوزني مختلفاً مثل الحديد بالصفر أو الصفر بالنحاس أو النحاس بالرصاص جاز فيها التفاضل لا النسيئة. منح الغفار. كذا في الهامش. قوله: (بالقبض) فيشترط القبض قبل الموت ولو كانت في مرض الموت للأجنبي كما سبق في كتاب الوقف. كذا في الهامش. قوله: (بالقبض الكامل) وكل الموهوب له رجلين بقبض الدار فقبضاها جاز. خانية. قوله: (منع تمامها) إذ القبض شرط فصولين، وكلام الزيلعي يعطي أن هبة المشغول فاسدة، والذي في العمادية إنها غير تامة. قال الحموي في حاشية الأشباه: فيحتمل أن في المسألة روايتين، كما وقع الاختلاف في هبة المشاع المحتمل للقسمة، هل هي فاسدة أو غير تامة؟ والأصح كما في البناية أنها غير تامة فكذلك هنا كذا بخط شيخنا، ومنه يعلم ما وقعت الإشارة إليه في الدر المختار، فأشار إلى أحد القولين بما ذكره أولاً من عدم التمام، وإلى الثاني مما ذكره آخراً من عدم الصحة فتدبر. أبو السعود.

واعلم أن الضابط في هذا المقام أن الموهوب إذا اتصل بملك الواهب اتصال خلقة وأمكن فصله لا تجوز هبته ما لم يوجد الانفصال والتسليم، كما إذا وهب الزرع أو الثمر بدون الأرض والشجر أو بالعكس، وإن اتصل اتصال مجاورة: فإن كان الموهوب مشغولاً بحق الواهب لم يجز، كما إذا وهب السرج على الدابة، لأن استعمال السرج إنما يكون للدابة فكانت للواهب عليه يد مستعملة، فتوجب نقصاناً في القبض. وإن لم يكن مشغولاً جاز كما إذا[4] وهب دابة مسرجة دون سرجها لأن الدابة تستعمل بدونه، ولو وهب الحمل عليها دونها جاز، لأن الحمل غير مستعمل بالدابة، ولو وهب داراً دون ما فيها من متاعه لم يجز، وإن وهب ما فيها وسلمه دونها

---

(1) قال الرافعي: قوله: (والسادس النحلة) مكررة مع الهبة وكذا ما قبلها.

(2) قال الرافعي: قوله: (والسابع الجنين) ظاهره أنه إذا قبضه بعد الولادة يصح مع أنه فيما يأتي أنه لو وهب الحمل وسلمه بعد الولادة لا يصح ط على أن هذه الصورة مكررة مع الهبة، والأحسن أن تصور فيما لو أوصى به، وفي بعض النسخ الحبيس وهي مكررة بالوقف.

(3) قال الرافعي: قوله: (والثامن الصلح) إذا كان بمعنى الصرف، فحينئذ هو داخل فيه.

(4) قال الرافعي: قوله: (وإن لم يكن مشغولاً جاز إذا إلخ) فيه سقط، وأصله: جاز كما إذا إلخ.

وإن شاغلاً لا، فلو وهب جراباً فيه طعام الواهب أو داراً فيها متاعه أو دابة عليها سرجه وسلمها كذلك لا تصح، وبعكسه تصح في الطعام والمتاع والسرج فقط، لأن كلاً منها شغل لملك الواهب لا مشغول به، لأن شغله ....

جاز. كذا في المحيط شرح مجمع. قوله: (وإن شاغلاً) تجوز هبة الشاغل لا المشغول. فصولين.

أقول: هذا ليس على إطلاقه فإن الزرع والشجر في الأرض شاغل لا مشغول، ومع ذلك لا تجوز هبته لاتصاله بها. تأمل خير الدين على الفصولين. قوله: (فلو وهب إلخ) وإن وهب داراً فيها متاع وسلمها كذلك ثم وهب المتاع منه أيضاً جازت الهبة فيهما[1]، لأنه حين هبة الدار لم يكن للواهب فيها شيء، وحينئذ هبة المتاع في الأولى زال المانع عن قبض الدار، لكن لم يوجد بعد ذلك فعل في الدار ليتم قبضه فيها فلا ينقلب القبض الأول صحيحاً في حقها. بحر عن المحيط. قوله: (وسلمها كذلك إلخ) قال صاحب الفصولين: فيه نظر[2]، إذ الدابة شاغلة للسرج واللجام لا مشغولة. يقول الحقير صل: أي: الأصل[3] عكس في هذا، والظاهر: أن هذا هو الصواب، يؤيده ما في قاضيخان: وهب أمة عليها حليّ وثياب وسلمها جاز، ويكون الحليّ وما فوق ما يستر عورتها من الثياب للواهب لمكان العرف، ولو وهب الحليّ والثياب دونها لا يجوز حتى ينزعهما ويدفعهما إلى الموهوب له، لأنهما ما دام عليها يكون تبعاً لها ومشغولاً بالأصل فلا تجوز هبته. نور العين. قوله: (لأن شغله) تعليل لقوله: «لا مشغول به» أي: بملك الواهب حيث قيده بملك الواهب، فافهم.

أقول: الذي في البحر والمنح وغيرهما تصوير المشغول بملك الغير بما إذا ظهر المتاع مستحقاً أو كان غصبه الواهب أو الموهوب له، وانظر ما كتبناه على البحر عن جامع الفصولين.

(1) قال الرافعي: قوله: (جازت الهبة فيهما إلخ) هنا سقط، والأصل: جازت في المتاع خاصة وإن بدأ فوهب له المتاع وقبض الدار والمتاع ثم وهبه الدار جازت الهبة فيهما إلخ.

(2) قال الرافعي: قوله: (قال صاحب «الفصولين» فيه نظر إلخ) ما ذكره موافق لما نقله عن شرح «المجمع».

(3) قال الرافعي: قوله: (يقول الحقير صل أي: الأصل إلخ) عبارة «نور العين» يقول الحقير يؤيده ما يأتي قريباً نقلاً عن قاضيخان من مسألة جارية عليها حلي إلخ. ص. وعكس في هاتين الصورتين. يقول الحقير: الظاهر أن هذا هو الصواب كما لا يخفى على ذوي الألباب اهـ، وص رمز «للفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد، إلا أن الذي في «جامع الفصولين» ضك بدل ص، هو رمز لبعض الكتب لكن في تأييد بحث «الفصولين» بما في «الخانية» بحث كما يعلم من الفرق المذكور في «الولوالجية» بين مسألة «الخانية» وبين ما إذا وهبه داراً فيها متاعه وأهله من أن قيام هذا الشغل ساقط عادة لأنه لم يسلم عرياناً عادة ولا كذلك في تلك المسألة اهـ. والحاصل أن المسألة خلافية، فعلى ما في الشارح الدابة مشغولة بالسرج واللجام، وعلى ما في ص بالعكس.

بغير ملك واهبه لا يمنع، وتمامها كرهن وصدقة، لأن القبض شرط تمامها. وتمامه في العمادية. وفي الأشباه: هبة المشغول لا تجوز إلا إذا وهب الأب لطفله.

قلت: وكذا الدار المعارة والتي وهبتها لزوجها على المذهب، لأن المرأة ومتاعها في يد الزوج فصح التسليم، وقد غيرت بيت الوهبانية فقلت:

وَمَنْ وَهَبَتْ لِلزَّوْجِ دَاراً لَهَا بِها مَتَاعٌ وَهمْ فيها تَصِحُّ المُحَرَّرُ

وفي الجوهرة: وحيلة هبة المشغول أن يودع الشاغل أولاً عند الموهوب له ثم

قوله: (بغير ملك واهبه) وفي بعض النسخ: بملك غير واهبه اهـ. قوله: (كرهن وصدقة) أي: كما أن شغل الرهن والصدقة بملك غير الراهن وغير المتصدق لا يمنع تمامها كما في المحيط وغيره. مدني. قال في المنح: وكل جواب عرفته في هبة الدار والجوالق بما فيها من المتاع فهو الجواب في الرهن والصدقة، لأن القبض شرط تمامها كالهبة. قوله: (إلا إذا وهب) كأن وهبه داراً والأب ساكنها[1] أو له فيها متاع لأنها مشغولة بمتاع القابض، وهو مخالف لما في الخانية، فقد جزم أولاً بأنه لا تجوز، ثم قال: وعن أبي حنيفة في المجزد تجوز ويصير قابضاً لابنه. تأمل. قوله: (وكذا الدار) مستدرك بأن الشغل هنا[2] بغير ملك الواهب، والمراد شغله بملكه. قوله: (المعارة) أي: لو وهب طفله داراً يسكن فيها قوم بغير أجر جاز ويصير قابضاً لابنه، لا لو كان بأجر. كذا نقل عن الخانية. قوله: (تصح المحرر) وكان أصله:

* وهــمْ فـيـهـا فـقـولان يـزبـر *

---

(1) قال الرافعي: قوله: (كأن وهبه داراً والأب ساكنها إلخ) في الفصل الثالث في الهبة للصغير من تتمة الفتاوى: تصدق بأرض قد زرعها على ولده الصغير جاز، وإن كان الزرع لغير الأب بإجارة لا يجوز، لأن يد المستأجر ثابتة على الأرض وأنها تمنع القبض للصغير بخلاف يد الأب، وفي «المنتقى» وهب داراً لابنه الصغير وفيها ساكن بأجر لا يجوز، ولو كان بغير أجر أو كان الساكن هو الواهب جاز، لأن يد الساكن بأجر ثابتة على الموهوب بصفة اللزوم فيمتنع القبض فيمتنع تمام الهبة، بخلاف ما إذا كان بغير أجر، وبخلاف ما إذا كان الساكن هو الواهب لأن الشرط قبضه ويده على الدار تقرر قبضه، وفيه أيضاً عن أبي يوسف: لا يجوز للرجل أن يهب لامرأته أو تهب لزوجها أو لأجنبي، وهما ساكنان فيها، وكذا الهبة للولد الكبير، ولو وهب لابنه الصغير والواهب فيه جاز، وعن أبي يوسف لا يجوز في رواية ابن سماعة اهـ، فعلى هذا ما ذكره في «الخانية» من عدم الجواز هو رواية ابن سماعة عن أبي يوسف، وجعل في «الولوالجية» على ما نقله عنها في «التكملة» رواية الجواز عليها الفتوى.

(2) قال الرافعي: قوله: (مستدرك بأن الشغل هنا إلخ) قد يقال: ذكره للإشارة إلى أن الشغل بملك المستعير كالشغل بملك الأب.

يسلمه الدار مثلاً فتصح لشغلها بمتاع في يده (في) متعلق بتتمّ (محوز) مفرغ (مقسوم ومشاع لا) يبقى منتفعاً به بعد أن (يقسم) كبيت وحمام صغيرين لأنها (لا) تتم بالقبض (فيما يقسم ولو) وهبه (لشريكه) أو لأجنبي لعدم تصوّر القبض الكامل كما في عامة الكتب فكان هو المذهب. وفي الصيرفية عن العتابي: وقيل يجوز لشريكه وهو المختار (فإن قسمه وسلمه صح) لزوال المانع (ولو سلمه شائعاً لا يملكه فلا ينفذ

بضم الميم من هم لأجل الوزن. قوله: (مفرغ) تفسير لمحوز، واحترز به عن هبة التمر على النخل ونحوه لما سيأتي. درر. قوله: (بعد أن يقسم) ويشترط في صحة هبة المشاع الذي لا يحتملها أن يكون قدراً معلوماً، حتى لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلمه به لم يجز، لأنها جهالة توجب المنازعة. بحر. وانظر ما كتبناه عليه. قوله: (وحمام) فيه أن الحمام مما لا يقسم مطلقاً ح كذا في الهامش. قوله: (في عامة الكتب) وصرح به الزيلعي وصاحب البحر. منح. قوله: (هو المذهب) راجع لمسألة الشريك كما في المنح. قوله: (وهو المختار) قال الرملي: وجد بخط المؤلف: يعني صاحب المنح بإزاء هذا ما صورته: ولا يخفى عليك أنه خلاف المشهور. قوله: (فإن قسمه) أي: الواهب بنفسه أو نائبه، أو أمر الموهوب له بأن يقسم مع شريكه كل ذلك تتم به الهبة كما هو ظاهر لمن عنده أدنى فقه. تأمل رملي. والتخلية في الهبة الصحيحة قبض لا في الفاسدة. جامع الفصولين. قوله: (ولو سلمه شائعاً إلخ) قال في الفتاوى الخيرية: ولا تفيد الملك في ظاهر الرواية. قال الزيلعي: ولو سلمه شائعاً لا يملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه فيكون مضموناً عليه وينفذ فيه تصرف الواهب، ذكره الطحاوي وقاضيخان، وروي عن ابن رستم مثله، وذكر عصام أنها تفيد الملك وبه أخذ بعض المشايخ اهـ. ومع إفادتها للملك عند هذا البعض أجمع الكل على أن للواهب استردادها من الموهوب له، ولو كان ذا رحم محرم من الواهب. قال في جامع الفصولين: رامزاً لفتاوى الفضلي: ثم إذا هلكت أفتيت بالرجوع للواهب هبة فاسدة لذي رحم محرم منه، إذ الفاسدة مضمونة على ما مر، فإذا كانت مضمونة بالقيمة بعد الهلاك كانت مستحقة الرد قبل الهلاك اهـ. وكما يكون للواهب الرجوع فيها يكون لوارثه بعد موته لكونها مستحقة الرد، وتضمن بعد الهلاك كالبيع الفاسد إذا مات أحد المتبايعين فلورثته نقضه، لأنه مستحق الرد ومضمون بالهلاك. ثم من المقرر أن القضاء يتخصص، فإذا ولى السلطان قاضياً ليقضي بمذهب أبي حنيفة لا ينفذ قضاؤه بمذهب غيره، لأنه معزول عنه بتخصيصه فالتحق فيه بالرعية، نص على ذلك علماؤنا رحمهم الله تعالى اهـ ما في الخيرية. وأفتى به في الحامدية أيضاً والتاجية، وبه جزم في الجوهرة والبحر.

ونقل عن المبتغى بالغين المعجمة: أنه لو باعه الموهوب له لا يصح، وفي نور العين عن الوجيز: الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض، ولا يثبت الملك فيها إلا عند أداء العوض، نص عليه محمد في المبسوط، وهو قول أبي يوسف: إذ الهبة تنقلب عقد معاوضة اهـ. وذكر قبله: هبة

تصرّفه فيه) فيضمنه وينفذ تصرّف الواهب. درر. لكن فيها عن الفصولين: الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض، وبه يفتى ومثله في البزازية على خلاف ما صححه في العمادية، لكن لفظ الفتوى آكد من لفظ الصحيح كما بسطه المصنف مع بقية أحكام المشاع. وهل للقريب الرجوع في الهبة الفاسدة؟ قال في الدرر: نعم، وتعقبه في الشرنبلالية بأنه غير ظاهر على القول المفتى به من إفادتها الملك بالقبض، فليحفظ **(والمانع)** من تمام القبض **(شيوع مقارن)** للعقد **(لا طارىء)** كأن يرجع في بعضها شائعاً فإنه لا يفسدها اتفاقاً **(والاستحقاق)** شيوع **(مقارن)** لا طارىء فيفسد الكل، حتى لو وهب أرضاً وزرعاً وسلمهما فاستحق الزرع بطلت في الأرض، لاستحقاق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة، ....

المشاع فيما يقسم لا تفيد الملك عند أبي حنيفة، وفي القهستاني: لا تفيد الملك، وهو المختار كما في المضمرات، وهذا مرويّ عن أبي حنيفة وهو الصحيح اهـ.

فحيث علمت أنه ظاهر الرواية وأنه نص عليه محمد ورووه عن أبي حنيفة ظهر أنه الذي عليه العمل وإن صرّح بأن المفتى به خلافه، ولا سيما أنه يكون ملكاً خبيثاً كما يأتي، ويكون مضموناً كما علمته فلم يجد نفعاً للموهوب له فاغتنمه، وإنما أكثرت النقل في مثل هذه لكثرة وقوعها وعدم تنبيه أكثر الناس للزوم الضمان على قول المخالف ورجاء لدعوة نافعة في الغيب.

قوله: (بالقبض) لكن ملكاً خبيثاً، وبه يفتى. قهستاني: أي: وهو مضمون كما علمته آنفاً فتنبه. وفي حاشية المنح: ومع إفادتها للملك يحكم بنقضها للفساد كالبيع الفاسد ينقض له. تأمل.

قوله: (في البزازية) عبارتها: هل يثبت الملك بالقبض. **قال الناطفي عند الإمام**: لا يفيد الملك. وفي بعض الفتاوى يثبت فيها فاسداً، وبه يفتى. ونص في الأصل أنه لو وهب نصف داره من آخر وسلمها إليه فباعها الموهوب له لم يجز دل أنه لا يملك حيث أبطل البيع بعد القبض، ونص في الفتاوى أنه هو المختار، ورأيت بخط بعض الأفاضل على هامش المنح بعد نقله ذلك وأنت تراه عزا رواية إفادة الملك بالقبض والإفتاء بها إلى بعض الفتاوى فلا تعارض رواية الأصل، ولذا اختارها قاضيخان وقوله: «لفظ الفتوى إلخ» قد يقال بمنع عمومه، لا سيما مثل هذه الصيغة في مثل سياق البزازي، فإذا تأملته تقضي برجحان ما دل عليه الأصل اهـ. **قوله: (وتعقبه)** قد علمت ما فيه مما قدمناه[1] عن الخيرية، فتنبه. **قوله: (للعقد لا طارىء)** أقول: منه ما لو وهب داراً في مرضه وليس له سواها ثم مات ولم يجز الورثة الهبة بقيت الهبة في ثلثها وتبطل في الثلثين كما صرح به في الخانية. **قوله: (البعض الشائع)** أي: حكماً، لأن الزرع مع الأرض بحكم الاتصال

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (قد علمت ما فيه مما قدمناه إلخ)** الذي تحرر أنهما قولان مصححان يجوز العمل بكل منهما، لكن أحدهما وهو ما عبر عنه بلفظ الفتوى آكد.

والاستحقاق إذا ظهر بالبينة كان مستنداً إلى ما قبل الهبة فيكون مقارناً لها لا طارئاً كما زعمه صدر الشريعة وإن تبعه ابن الكمال، فتنبه **(ولا تصح هبة لبن في ضرع وصوف على غنم ونخل في أرض وتمر في نخل)** لأنه كمشاع **(ولو فصله وسلمه جاز)** لزوال المانع، وهل يكفي فصل الموهوب له بإذن الواهب؟ ظاهر الدرر: نعم **(بخلاف دقيق في برّ ودهن في سمسم وسمن في لبن)** حيث لا يصح أصلاً لأنه معدوم فلا

كشيء واحد، فإذا استحق أحدهما صار كأنه استحق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة فتبطل الهبة في الباقي. كذا في الكافي. درر. قال في الخانية: والزرع لا يشبه المتاع. **قوله: (بالبينة)** لينظر فيما لو ظهر بإقرار الموهوب له(1)، أما بإقرار الواهب فالظاهر أنه لغو، لأنه أقر بملك الغير. **قوله: (لأنه كمشاع)** قال في شرح الدرر: هذه نظائر المشاع لا أمثلتها فلا شيوع في شيء منها لكنها في حكم المشاع حتى إذا فصلت وسلمت صح، وقوله: لأنه بمنزلة المشاع(2).

أقول: لا يذهب عليك أنه لا يلزم أن يأخذ حكمه في كل شيء، وإلا لزم أن لا تجوز هبة النخل من صاحب الأرض، وكذا عكسه، والظاهر خلافه، والفرق بينهما أنه ما من جزء من المشاع وإن دقّ إلا وللشريك فيه ملك فلا تصح هبته، ولو من الشريك لأن القبض الكامل فيه لا يتصوّر، وأما نحو النخل في الأرض والتمر في النخل والزرع في الأرض، لو كان كل واحد منها لشخص فوهب صاحب النخل نخله كله لصاحب الأرض أو عكسه فإن الهبة تصح، لأن ملك كل منهما متميز عن الآخر، فيصح قبضه بتمامه، ولم أر من صرّح به لكن يؤخذ الحكم من كلامهم، ولكن إذا وجد النقل فلا يسعنا إلا التسليم.

فرع: له عليه عشرة فقضاها فوجد القابض دانقاً زائداً فوهبه للدائن أو البائع إن الدراهم صحاحاً يضرها التبعيض يصح لأنه مشاع لا يحتمل القسمة. وكذا هبة بعض الدراهم والدنانير إن ضرها التبعيض تصح، وإلا لا. بزازية. **قوله: (ظاهر الدرر نعم) أقول:** صرح به في الخانية **فقال:** ولو وهب زرعاً بدون الأرض أو تمراً بدون النخل وأمره بالحصاد والجذاذ ففعل الموهوب له ذلك جاز، لأن قبضه بالإذن يصح في المجلس وبعده. وفي الحامدية عن جامع الفتاوى: ولو وهب زرعاً في أرض أو ثمراً في شجر أو حلية سيف أو بناء دار أو ديناراً على رجل أو قفيزاً من صبرة وأمره بالحصاد والجذاذ والنزع والنقض والقبض والكيل ففعل صح استحساناً إلخ. **قوله: (أصلاً)** أي: وإن سلمها مفرزة. **قوله: (لأنه معدوم)** أي: حكماً، وكذا لو وهب الحمل وسلم

---

(1) **قال الرافعي: قوله: (لينظر فيما لو ظهر بإقرار الموهوب له)** لا شك في أنه طارىء إذ الإقرار حجة قاصرة، ولذا لا تستحق به الزوائد.

(2) **قال الرافعي: قوله: (بمنزلة المشاع إلخ)** هذا لفظ «المنح»، وكتب عليها الرملي ما ذكره المحشي بقوله: أقول لا يذهب إلخ، وفيها بعض اختصار كما نقل ذلك القتال في حاشيته.

يملك إلا بعقد جديد (وملك) بالقبول (بلا قبض جديد لو الموهوب في يد الموهوب له) ولو بغصب أو أمانة لأنه حينئذ عامل لنفسه، والأصل أن القبضين إذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر، وإذا تغايرا ناب الأعلى عن الأدنى لا عكسه (وهبة من له ولاية

بعد الولادة لا يجوز، لأن في وجوده احتمالاً فصار كالمعدوم. منح. قوله: (جديد) وهذا لأن الحنطة استحالت وصارت دقيقاً، وكذا غيرها، وبعد الاستحالة هو عين آخر على ما عرف في الغصب، بخلاف المشاع لأنه محل للملك لا أنه لا يمكن تسليمه، فإذا زال المانع جاز. منح. قوله: (بالقبول) إنما اشترط القبول نصاً، لأنه إذا لم يوجد كذلك يقع الملك فيها بغير رضاه لأنه لا حاجة إلى القبض، ولا يجوز ذلك لما فيه من توهم الضرر، بخلاف ما إذا لم يكن في يده وأمره بقبضه فإنه يصح إذا قبض، ولا يشترط القبول لأنه إذا قدم على القبض كان ذلك قبولاً ورضاً منه بوقوع الملك له فيملكه ط ملخصاً. وهذا معنى قوله: بعد «لأنه حينئذ عامل لنفسه» أي: حين قبل صريحاً. قوله: (بلا قبض) أي: بأن يرجع[1] إلى الموضع الذي فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها. قهستاني. قوله: (ولو بغصب) انظر الزيلعي. قوله: (عن الآخر) كما إذا كان عنده وديعة فأعارها صاحبها له فإن كلاً منهما قبض أمانة فناب أحدهما عن الآخر. قوله: (عن الأدنى) فناب قبض المغصوب والمبيع فاسداً عن قبض المبيع الصحيح، ولا ينوب قبض الأمانة عنه. منح. قوله: (لا عكسه) فقبض الوديعة مع قبض الهبة يتجانسان لأنهما قبض أمانة، ومع قبض الشراء يتغايران لأنه قبض ضمان، فلا ينوب الأول عنه كما في المحيط، ومثله في شرح الطحاوي لكنه ليس على إطلاقه[2]، فإنه إذا كان مضموناً بغيره كالبيع المضمون بالثمن والمرهون

(1) قال الرافعي: قوله: (أي: بأن يرجع إلخ) تصوير للمنفي أي: لا يكلف لذلك.

(2) قال الرافعي: قوله: (لكنه ليس على إطلاقه إلخ) في «جامع الفصولين» من آخر الفصل السابع عشر: كل شيء مضمون في يده بقيمته لو شراه يقع الشراء والقبض معاً ولا يحتاج إلى قبض جديد، وكل شيء مضمون بغيره أو أمانة فلا بد من قبض جديد، وأما الهبة فإنها تقع والقبض معاً في الوجوه كلها، ثم قال: فالراهن لو باع الرهن من مرتهنه لا ينوب قبض الرهن عن قبض البيع، ولو وهبه منه يقع العقد والقبض معاً، والمبيع قبل قبضه مضمون بالثمن، فلو شراه ولم يقبضه حتى وهبه من بائعه فهو إقالة، ولو آجر رهنه من مرتهنه صح ولا يصير قابضاً ما لم يجدد قبضاً للإجارة بخلاف ما لو أعاره منه حيث يصير قابضاً، وإن لم يجدده حتى لو هلك قبل أن يستعمله يهلك أمانة إلخ، والذي في شرح الأقطع على ما نقله السندي فيه بعض مخالفة لما في «الفصولين» ونصه: إذا كانت العين في يد الموهوب له مضمونة، فهو على وجهين إن مضمونة بمثلها أو قيمتها كالعين المغصوبة والمقبوضة على السوم، فإنه يملك بالعقد ولا يحتاج لتجديد قبض، لأن القبض الذي تقتضيه الهبة قد وجد وزيادة وهو الضمان، وذلك الضمان تصح البراءة منه، ألا ترى أنه لو أبرأ الغاصب من ضمان الغصب جاز وسقط، فصارت الهبة براءة من الضمان، فبقي قبض من غير ضمان فتصح الهبة وإن مضمونة بغيرها كالمبيع المضمون بالثمن وكالرهن المضمون بالدين، فلا بد من قبض مستأنف =

على الطفل في الجملة) وهو كل من يعوله، فدخل الأخ والعم عند عدم الأب لو في عيالهم **(تتم بالعقد)** لو الموهوب معلوماً وكان في يده أو يد مودعه، لأن قبض الوليّ ينوب عنه، والأصل أن كل عقد يتولاه الواحد يكتفي فيه بالإيجاب **(وإن وهب له أجنبي يتم بقبض وليه)** وهو أحد أربعة: الأب، ثم وصيه، ثم الجد، ثم وصيه وإن

المضمون بالدين لا ينوب قبضه عن القبض الواجب كما في المستصفى، ومثله في الزاهدي، فلو باع من المودع احتاج إلى قبض جديد وتمامه في العمادية. قهستاني. **قوله: (على الطفل)** فلو بالغاً يشترط قبضه ولو في عياله. تاترخانية. **قوله: (في الجملة)** أي: ولو لم يكن له تصرف في ماله[1]. **قوله: (بالعقد)** أي: الإيجاب فقط كما يشير إليه الشارح. كذا في الهامش، وهذا إذا علمه أو أشهد عليه[2] والإشهاد للتحرز عن الجحود بعد موته، والإعلام لازم لأنه بمنزلة القبض. بزازية. **قال في التاترخانية:** فلو أرسل العبد في حاجة أو كان آبقاً في دار الإسلام فوهبه من ابنه صحت، فلو لم يرجع العبد حتى مات الأب لا يصير ميراثاً عن الأب اهـ. **قوله: (لو الموهوب إلخ)** لعله احتراز عن نحو: وهبته شيئاً من مالي[3]. تأمل. **قوله: (معلوماً)** قال محمد رَحِمَهُ اللَّهُ: كل شيء وهبه لابنه الصغير وأشهد عليه وذلك الشيء معلوم في نفسه فهو جائز، والقصد أن يعلم ما وهبه له، والإشهاد ليس بشرط لازم لأن الهبة تتم بالإعلام. تاترخانية. **قوله: (أو يد مودعه)** أي: أو يد مستعيره لا كونه في يد غاصبه أو مرتهنه أو المشترى منه بشراء فاسد. بزازية. **قال السائحاني:** إنه إذا انقضت الإجارة أو ارتد الغصب تتم الهبة كما تتم في نظائره. **قوله: (يتولاه)** كبيعه ماله من طفله. تاترخانية. **قوله: (ثم وصيه)** ثم الوالي ثم القاضي ثم وصي القاضي كما سيأتي في المأذون، ومر قبيل الوكالة في الخصومة والوصي كالأب والأم كذلك لو الصبيّ في عيالهما إن وهبت له أو وهب له تملك الأم القبض، وهذا إذا لم يكن للصبيّ أب ولا

= للهبة، وهو أن يرجع إلى الموضع الذي فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها، وذلك أن العين وإن كانت في يده مضمونة إلا أن هذا الضمان لا تصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب له، فلم تكن الهبة براءة وإذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة، فلم يكن بد من تجديد قبض اهـ.

(1) قال الرافعي: قوله: (ولو لم يكن له تصرف في ماله) إنما له تأديبه وتسليمه في صناعة. زيلعي.

(2) قال الرافعي: قوله: (وهذا إذا أعلمه وأشهد عليه إلخ) عبارة «العناية» والقبض فيه بإعلام ما وهب له اهـ.

(3) قال الرافعي: قوله: (لعله احتراز عن نحو وهبته شيئاً من مالي) ونحو وهبته عبداً من عبيدي، لكن الظاهر أن هذا إذا لم ينو به شيئاً معيناً إذ الموهوب حينئذٍ ليس مجهولاً في نفسه قال الرحمتي: وهل يشترط أن يكون محوزاً مقسوماً كما هو الشرط في الهبة أو يقال: إنما شرط ذلك لأجل تمام القبض وهو مقبوض لولي القبض فلا يفتقر لذلك. يحرر.

لم يكن في حجرهم، وعند عدمهم تتم بقبض من يعوله كعمه (وأمه وأجنبي) ولو ملتقطاً (لو في حجرهما) وإلا لا لفوات الولاية (وبقبضه ولو مميزاً) يعقل التحصيل (ولو مع وجود أبيه) مجتبى. لأنه من النافع المحض كالبالغ، حتى ولو وهب له أعمى لا نفع له وتلحقه مؤنته لم يصح قبوله. أشباه.

جد ولا وصيهما، وذكر الصدر أن عدم الأب لقبض الأم ليس بشرط، وذكر في الرجل إذا زوّج ابنته الصغيرة من رجل فزوّجها يملك قبض الهبة لها، ولا يجوز قبض الزوج قبل الزفاف وبعد البلوغ. وفي التجريد: قبض الزوج يجوز إذا لم يكن الأب حياً، فلو أن الأب ووصيه والجد ووصيه غائب غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتولاه، ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحدٍ منهم، سواء كان الصغير في عياله أو لا، وسواء كان ذا رحم محرم أو أجنبياً، وإن لم يكن واحد من هؤلاء الأربعة جاز قبض من كان الصبيّ في حجره، ولم يجز قبض من لم يكن في عياله. بزازية. قال في البحر: والمراد بالوجود الحضور اهـ.

وفي غاية البيان: ولا تملك الأم وكل من يعول الصغير مع حضور الأب. وقال بعض مشايخنا: يجوز إذا كان في عيالهم كالزوج، وعنه احترز في المتن بقوله في الصحيح اهـ. ويملك الزوج القبض لها مع حضور الأب، بخلاف الأم وكل من يعولها غير الزوج، فإنهم لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته منقطعة في الصحيح، لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب، ومع حضور الأب لا ضرورة. جوهرة. وإذا غاب أحدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية، لأن التأخير إلى قدوم الغائب تفويت للمنفعة للصغير فتنقل الولاية إلى من يتلوه كما في الإنكاح، ولا يجوز قبض غير هؤلاء مع وجود أحدهم، ولو في عيال القابض أو رحماً محرماً منه كالأخ والعم والأم. بدائع ملخصاً. لو قبض له من هو في عياله مع حضور الأب قيل لا يجوز، وقيل يجوز، وبه يفتى. مشتمل الأحكام. والصحيح الجواز كما لو قبض الزوج والأب حاضر. خانية. والفتوى على أنه يجوز. أستروشني. فقد علمت أن الهداية والجوهرة على تصحيح عدم جواز قبض من يعوله مع عدم غيبة الأب، وبه جزم صاحب البدائع، وقاضيخان وغيره من أصحاب الفتاوى صححوا خلافه، وكن على ذكر مما قالوا لا يعدل عن تصحيح قاضيخان[1]، فإنه فقيه النفس، ولا سيما وفيه هنا نفع للصغير، فتأمل عند الفتوى، وإنما أكثرت من النقول لأنها واقعة الفتوى، وبعض هذه النقول نقلتها من خط منلا عليّ التركماني، واعتمدت في عزوها عليه فإنه ثقة ثبت رَحِمَهُ اللهُ تعالى. قوله: (عدمهم) ولو بالغيبة المنقطعة. قوله: (يعقل التحصيل) تفسير

(1) قال الرافعي: قوله: (لا يعدل عن تصحيح قاضيخان) في التتمة من الفصل الثالث: إذا كان الصغير في عيال الأخ أو الجد أو العم أو الأم أو الأجنبي والأب حاضر، فقبض من في عياله هل يجوز؟ اختلف المشايخ فيه ذكر شيخ الإسلام وشمس الأئمة أنه لا يجوز، وذكر في «شرح الجامع» أنه يجوز وبه يفتى.

قلت: لكن في البرجندي: اختلف فيما لو قبض من يعوله والأب حاضر، فقيل لا يجوز، والصحيح هو الجواز اهـ. وظاهر القهستاني ترجيحه، وعزاه لفخر الإسلام وغيره على خلاف ما اعتمده المصنف في شرحه وعزاه للخلاصة، لكن متنه يحتمله بوصل ولو بأمه والأجنبي أيضاً، فتأمل (وصح رده لها كقبوله) سراجية. وفيها حسنات الصبيّ له ولأبويه أجر التعليم ونحوه، ويباح لوالديه أن يأكلا من مأكول وهب له، وقيل لا انتهى. فأفاد أن غير المأكول لا يباح لهما إلا لحاجة. وضعوا هدايا الختان بين يدي الصبي فما يصلح له كثياب الصبيان فالهدية له، وإلا فإن المهدي من أقرباء الأب أو معارفه فللأب أو من معارف الأم فللأم، قال: هذا الصبيّ أو لا. ولو قال: أهديت للأب أو للأم فالقول له، وكذا زفاف البنت.

التمييز. قوله: (لكن) استدراك على قوله: «وعند عدمهم» ح. قوله: (بوصل ولو بأمه) يعني جاز وصل قول المتن: «ولو مع وجود أبيه» بقوله: بأمه وأجنبي ح. كذا في الهامش. قوله: (ولو بأمه) متعلق بوصل. قوله: (وصح رده) أي: ردّ الصبي، وانظر حكم رد الوليّ، والظاهر: أنه لا يصح[1] حتى لو قبل الصبيّ بعد رد وليه يصح ط. قوله: (لها) أي: للهبة. قوله: (وهب له) قال في التاترخانية: روي عن محمد نصاً أنه يباح. وفي الذخيرة وأكثر مشايخ بخارى على أنه لا يباح. وفي فتاوى سمرقند: إذا أهدى الفواكه للصغير يحل للأبوين الأكل منها إذا أريد بذلك الأبوان، لكن الإهداء للصغير استصغاراً للهدية اهـ.

قلت: وبه يحصل التوفيق ويظهر ذلك بالقرائن، وعليه فلا فرق بين المأكول وغيره، بل غيره أظهر فتأمل. قوله: (فأفاد) أصله لصاحب البحر وتبعه في المنح. قوله: (إلا لحاجة) قال في التاترخانية: وإذا احتاج الأب إلى مال ولده: فإن كانا في المصر واحتاج لفقره أكل بغير شيء، وإن كانا في المفازة واحتاج إليه لانعدام الطعام معه فله الأكل بالقيمة اهـ. قوله: (فالقول له) لأنه هو المملك. قوله: (وكذا زفاف البنت) أي: على هذا التفصيل بأن كان من أقرباء الزوج أو المرأة، أو قال المهدي: أهديت للزوج أو المرأة كما في التاترخانية. وفي الفتاوى الخيرية: سئل فيما يرسله الشخص إلى غيره في الأعراس ونحوها هل يكون حكمه حكم القرض فيلزمه الوفاء به أم لا؟ أجاب: إن كان العرف بأنهم يدفعونه على وجه البدل يلزم الوفاء به إن مثلياً فبمثله، وإن قيمياً فبقيمته، وإن كان العرف خلاف ذلك بأن كانوا يدفعونه على وجه الهبة ولا ينظرون في ذلك

(1) قال الرافعي: قوله: (وانظر حكم رد الولي والظاهر أنه لا يصح إلخ) فيه أنه حيث جاز الرد من الصغير مع أنه لا نفع له فيه، فليكن الولي كذلك، كما أنه يصح من العبد المحجور على ما استظهره القتال، وكذا المكاتب، وقد عللوا صحة رد الصغير بأنه ليس فيه إبطال حق له فيملكه، كما ذكره في «الولوالجية» فيقال في الولي كذلك، وقد بطلت بمجرد الرد.

خلاصة. وفيها: اتخذ لولده أو لتلميذه ثياباً ثم أراد دفعها لغيره ليس له ذلك ما لم يبين وقت الاتخاذ أنها عارية. وفي المبتغى: ثياب البدن يملكها بلبسها، بخلاف نحو ملحفة ووسادة. وفي الخانية: لا بأس بتفضيل بعض الأولاد في المحبة لأنها عمل القلب، وكذا في العطايا إن لم يقصد به الإضرار، وإن قصده يسوي بينهم يعطي البنت كالابن عند الثاني، وعليه الفتوى. ولو وهب في صحته كل المال للولد جاز وأثم. وفيها: لا يجوز أن يهب شيئاً من مال طفله ولو بعوض لأنها تبرّع ابتداء.

إلى إعطاء البدل فحكمه حكم الهبة في سائر أحكامه فلا رجوع فيه بعد الهلاك أو الاستهلاك، والأصل فيه أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً اهـ.

قلت: والعرف في بلادنا مشترك، نعم في بعض القرى يعدونه فرضاً حتى إنهم في كل وليمة يحضرون الخطيب يكتب لهم ما يهدى، فإذا جعل المهدي وليمة يراجع المهدى الدفتر فيهدي الأول إلى الثاني مثل ما أهدى إليه. قوله: (لولده) أي: الصغير، وأما الكبير فلا بد من التسليم كما في جامع الفتاوى، وأما التلميذ فلو كبيراً فكذلك، ويملك الرجوع عن هبته لو أجنبياً مع الكراهة، ويمكن حمل قوله: ليس له الرجوع عليه[1]. سائحاني. قوله: (أو لتلميذه) مسألة التلميذ مفروضة بعد دفع الثياب إليه. قال في الخانية: اتخذ شيئاً لتلميذه فأبق التلميذ بعد ما دفع إليه إن بين وقت الاتخاذ أنه إعارة يمكن الدفع إليه فافهم. قوله: (وإن قصده) بسكون الصاد ورفع الدال. وعبارة المنح: وإن قصد به الإضرار، وهكذا رأيته في الخانية. قوله: (وعليه الفتوى) أي: على قول أبي يوسف: من أن التنصيف بين الذكر والأنثى أفضل من التثليث الذي هو قول محمد: رملي. قوله: (ولو بعوض) وأجازها محمد بعوض مساو كما يذكر آخر الباب الآتي، وعبارة المجمع: وأجازها محمد بشرط عوض مساو اهـ. وسيأتي قبيل المتفرقات. سئل أبو مطيع عن رجل قال لآخر: ادخل كرمي وخذ من العنب، كم يأخذ؟ قال: يأخذ عنقوداً واحداً. وفي العتابية: هو المختار. وقال أبو الليث: مقدار ما يشبع إنسان. تاترخانية. وفيها عن التتمة: سئل عمر النسفي عمن أمر أولاده أن يقتسموا أرضه التي في ناحية كذا بينهم، وأراد به التمليك فاقتسموها وتراضوا على ذلك؛ هل يثبت لهم الملك أم يحتاج إلى أن يقول لهم الأب: ملكتكم هذه الأراضي، أو يقول: لكل واحد منهم ملكتك هذا النصيب المفرز؟ فقال: لا. وسئل عنها الحسن فقال: لا يثبت لهم الملك إلا بالقسمة. وفي تجنيس الناصري: ولو وهب داراً لابنه الصغير ثم اشترى بها أخرى فالثانية لابنه الصغير خلافاً لزفر، ولو دفع إلى ابنه مالاً فتصرف فيه الابن يكون للابن إذا دلت دلالة على التمليك اهـ.

وسئل الفقيه عن امرأة وهبت مهرها الذي لها على الزوج لابن صغير له وقبل الأب؟ قال:

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ليس له الرجوع عليه) أي: الصغير لا الكبير.

وفيها: ويبيع القاضي ما وهب للصغير حتى لا يرجع الواهب في هبته **(ولو قبض زوج الصغيرة)** أما البالغة فالقبض لها **(بعد الزفاف ما وهب لها صح)** قبضه ولو بحضرة الأب في الصحيح لنيابته عنه، فصح قبض الأب كقبضها مميزة **(وقبله)** أي: الزفاف **(لا)** يصح لعدم الولاية **(وهب اثنان داراً لواحد صح)** لعدم الشيوع[1] **(وبقلبه)** لكبيرين **(لا)** عنده للشيوع فيما يحتمل القسمة، أما ما لا يحتمله كالبيت فيصح اتفاقاً قيدنا بكبيرين، لأنه لو وهب لكبير وصغير في عيال الكبير أو لابنيه صغير وكبير

أنا في هذه المسألة واقف فيحتمل الجواز كمن كان له عبد عند رجل وديعة فأبق العبد ووهبه مولاه من ابن المودع فإنه يجوز. وسئل مرة أخرى عن هذه المسألة فقال: لا يجوز، **وقال الفقيه أبو الليث**: وبه نأخذ. وفي العتابية: وهو المختار. تاترخانية. **قوله: (داراً)** المراد بها ما يقسم. **قوله: (وبقلبه)** وهو هبة واحد من اثنين. **قال في الهامش**: دفع لرجل ثوبين وقال: أيهما شئت فلك والآخر لابنك فلان، إن يكن قبل أن يتفرّقا جاز، وإلا لا.

له على آخر ألف نقد وألف غلة فقال: وهبت منك أحد المالين جاز، والبيان إليه وإلى ورثته بعد موته. بزازية. **قوله: (لكبيرين)** أي: غير فقيرين، وإلا كانت صدقة فتصح كما يأتي. **قوله: (يحتمل القسمة)** انظر القهستاني. **قوله: (بكبيرين)** هذه عبارة البحر وقد تبعه المصنف، وظاهرها: أنهما لو كانا صغيرين في عياله جاز عندهما[2]. وفي البزازية ما يدل عليه فراجعه. وأقول: كان الأولى عدم هذا القيد لأنه لا فرق بين الكبيرين والصغيرين[3] والكبير والصغير عند أبي حنيفة، ويقول: أطلق ذلك، فأفاد أنه لا فرق بين أن يكونا كبيرين أو صغيرين أو أحدهما كبيراً والآخر صغيراً[4]، وفي الأوليين خلافهما. رملي. **قوله: (في عيال الكبير)** صوابه: في عيال الواهب[5]، كما يدل عليه كلام البحر وغيره. **قوله: (أو لابنيه إلخ)** عبارة الخانية: وهب داره لابنين له[6] أحدهما صغير في عياله كانت الهبة فاسدة عند الكل، بخلاف ما لو وهب من

---

(1) **قال الرافعي: قول الشارح: (لعدم الشيوع)** لأنهما سلماها له جملة وهو قبضها كذلك. زيلعي.

(2) **قال الرافعي: قوله: (لو كانا صغيرين في عياله جاز عندهما)** بل هو جائز عنده أيضاً، فالأولى حذف عندهما أو إبداله بضمير الجمع.

(3) **قال الرافعي: قوله: (لأنه لا فرق بين الكبيرين والصغيرين)** أي: إذا كان لهما وليان وإلا جاز عنده أيضاً لعدم الشيوع عند القبض.

(4) **قال الرافعي: قوله: (والآخر صغيراً)** أي: في عيال الواهب.

(5) **قال الرافعي: قوله: (صوابه: في عيال الواهب)** إذ لو كان الصغير في عيال الكبير الموهوب له لجازت اتفاقاً لأنه يقبضها جملة نصفها لنفسه ونصفها للصغير الذي في عياله، فتصح عندهم.

(6) **قال الرافعي: قوله: (عبارة «الخانية»: وهب داره لابنين له إلخ)** في التتمة ما يدل على خلاف في هذه المسألة ونصه: ذكر الحاكم الشهيد في «المنتقى» مرسلاً غير مضاف لأحد أن من وهب داراً لابنين له: =

لم يجز اتفاقاً، وقيدنا بالهبة لجواز الرهن والإجارة من اثنين اتفاقاً (وإذا تصدق بعشرة) دراهم (أو وهبها لفقيرين صح) لأن الهبة للفقير صدقة، والصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد فلا شيوع (لا لغنيين) لأن الصدقة على الغنيّ هبة فلا تصح للشيوع: أي: لا تملك حتى لو قسمها وسلمها صح.

كبيرين وسلم إليهما جملة، فإن الهبة جائزة لأنه لم يوجد الشيوع وقت العقد، ولا وقت القبض، وأما إذا كان أحدهما صغيراً فكما وهب يصير قابضاً حصة الصغير فيتمكن الشيوع وقت القبض اهـ فليتأمل. ثم ظهر أن هذا التفصيل مبني على قولهما[1]، أما عنده فلا فرق بين الكبيرين وغيرهما في الفساد. قوله: (لم يجز) والحيلة أن يسلم الدار إلى الكبير ويهبها منهما. بزازية. وأفاد أنها للصغيرين تصح لعدم المرجح لسبق قبض أحدهما، وحيث اتحد وليهما فلا شيوع في قبضه. ويؤيده قول الخانية: داري هذه لولديّ الأصاغر يكون باطلاً لأنها هبة، فإذا لم يبين الأولاد كان باطلاً اهـ. فأفاد أنه لو بين صح. ورأيت في الأنقروي عن البزازية أن الحيلة في صحة الهبة لصغير مع كبير أن يسلم الدار للكبير ويهبها منهما، ولا يرد ما مر عن الخزانة. ولو تصدق بدار على ولدين له صغيرين لم يجز، لأنه مخالف لما في المتون والشروح. سائحاني: أي: من أن الهبة لمن له ولاية تتم بالعقد. قوله: (اتفاقاً) لتفرق القبض. قوله: (صدقة) انظر ما نكتبه بعد الباب عند قول المتن: «والصدقة كالهبة» وفي المضمرات: ولو قال: وهبت منكما هذه الدار والموهوب لهما فقيران صحت الهبة بالإجماع. تاترخانية. لكن قال بعده: وفي الأصل: هبة الدار من رجلين لا تجوز، وكذا الصدقة، فيحتمل أن قوله: وكذا الصدقة: أي: على غنيين، والأظهر أن في المسألة روايتين اهـ. قال في البحر: وصحح في الهداية ما ذكره في الفرق. قوله: (لا لغنيين) هذا قوله، وقالا: يجوز، وفي الأصل أن الهبة لا تجوز، وكذا الصدقة عنده ففي الصدقة عنه روايتان. خانية. قوله: (لا تملك) تقدم[2] أن المفتى به أن الفاسدة تملك بالقبض، فهو مبني على ما قدمنا ترجيحه. تأمل. قوله: (لو قسمها إلخ) قاله: في البحر.

= وأحدهما صغير أن الكبير إن قبض جازت الهبة، وذكر بعده عن أبي يوسف أن الهبة باطلة، وهو الصحيح لأن الهبة من الصغير منعقدة حال مباشرة العقد لقيام قبض الأب مقام قبضه، والهبة من الكبير تحتاج إلى القبول فكانت الهبة من الصغير سابقة فتمكن الشيوع.

(1) قال الرافعي: قوله: (ثم ظهر أن هذا التفصيل مبني على قولهما إلخ) ومدار الخلاف أن هبة الدار من رجلين تمليك النصف من كل عنده، وعندهما تمليك كل الدار لهما جملة. «منبع». وانظره في بيان هذه المسألة وفيه أنه يعتبر الشيوع وقت القبض، وهما عند القبض والعقد جميعاً، ولذا جوزاها من واحد لاثنين لأنه لم يوجد في الحالين بل في إحداهما تأمل.

(2) قال الرافعي: قوله: (تقدم) أي: للشارح.

فروع: وهب لرجلين درهماً: إن صحيحاً صح، وإن مغشوشاً لا لأنه مما يقسم لكونه في حكم العروض.

معه درهمان فقال لرجل: وهبت لك أحداهما أو نصفهما: إن استويا لم يجز، وإن اختلفا جاز لأنه مشاع لا يقسم، ولذا لو وهب ثلثهما جاز مطلقاً.

تجوز هبة حائط بين داره ودار جاره لجاره وهبة البيت من الدار، فهذا يدل على كون سقف الواهب[1] على الحائط، واختلاط البيت بحيطان الدار لا يمنع صحة الهبة. مجتبى.

١ ـ بَابُ الرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ

(صح الرجوع فيها بعد القبض) أما قبله فلم تتم الهبة (مع انتفاع مانعه) الآتي (وإن كره) الرجوع (تحريماً) وقيل تنزيهاً. نهاية (ولو مع إسقاط حقه من الرجوع) فلا يسقط بإسقاطه. خانية. وفي الجواهر لا يصح الإبراء عن الرجوع، ولو صالحه من حق الرجوع على شيء صح وكان عوضاً عن الهبة، ....

قوله: (إن استويا) أي: وزناً وجودة. خانية. قوله: (جاز) مخالف لما في الخانية. فإنه ذكر التفصيل فيما إذا قال: نصفهما، ثم قال: وإن قال أحدهما: لك هبة لم يجز كانا سواء أو مختلفين. قوله: (ثلثهما جاز) هذا يفيد أن المراد بقوله سابقاً أو نصفهما واحد منهما[2] لا نصف كل، وإلا فلا فرق بينه وبين الثلث في الشياع، بخلاف حمله على أن المراد أحدهما فإنه مجهول فلا يصح. قوله: (مطلقاً) استويا أو اختلفا. منح. قوله: (تجوز هبة حائط إلخ) وفي الذخيرة: هبة البناء دون الأرض جائزة. وفي الفتاوى عن محمد فيمن وهب لرجل غلة وهي قائمة لا يكون قابضاً لها حتى يقطعها ويسلمها إليه. وفي الشراء إذا خلي بينه وبينها صار قابضاً لها. متفرقات التاترخانية. وقدمنا نحوه عن حاشية الفصولين للرملي.

بَابُ الرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ

في الهامش: ولو قال الواهب: أسقطت حقي في الرجوع لا يبطل حقه فيه. بزازية. قوله:

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (فهذا يدل على كون سقف الواهب إلخ) ويكون نظير هبة الدابة المسرجة دون السرج.

(2) قال الرافعي: قوله: (أو نصفهما واحد منهما إلخ) المناسب نصف المجموع، وإلا لو كان المراد ما قاله لفسدت الهبة لجهالة الموهوب.

لكن سيجيء اشتراطه في العقد (ويمنع الرجوع فيها) حروف (دمع خزقه) يعني الموانع السبعة الآتية (فالدال الزيادة) في نفس العين الموجبة لزيادة القيمة (المتصلة)[1] وإن زالت قبل الرجوع كأن شبّ ثم شاخ، لكن في الخانية ما يخالفه واعتمده القهستاني فليتنبه له، ....

(لكن سيجيء) أي: عن المجتبى، والضمير في اشتراطه للعوض. قال الرملي: وقد يقال: ما في الجواهر لم يدخل في كلام المجتبى، إذ ما في الجواهر صلح عن حق الرجوع نصاً وقد صح الصلح فلزم سقوطه ضمناً، بخلاف ما لو أسقطه قصداً، فكم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً، وليس بحق مجرد حتى يقال بمنع الاعتياض عنه كم هو ظاهر. وما في المجتبى مسألة أخرى فتأمله. قوله: (اشتراطه) أي: العوض، لكن سيجيء البحث في هذا الاشتراط. قوله: (ويمنع الرجوع إلخ) هو كقول بعضهم:

وَيَمْنَعُ الرُّجُوعَ فِي فَضْلِ الْهِبَةْ ... يَا صَاحِبِي حُرُوفُ دَمْعِ خَزِقَهْ

قال الرملي: وقد نظم ذلك والدي العلامة شيخ الإسلام محيي الدين فقال:

مَنَعَ الرُّجُوعَ مِنَ الْمَوَاهِبِ سَبْعَةٌ ... فَزِيَادَةٌ مَوْصُولَةٌ مَوْتٌ عِوَضْ
وَخُرُوجُهَا عَنْ مِلْكِ مَوْهُوبٍ لَهُ ... زَوْجِيَّةٌ قُرْبٌ هَلاكٌ قَدْ عَرَضْ

قوله: (يعني الموانع) لا يقال: بقي من الموانع الفقر لما سيأتي أنه لا رجوع في الهبة للفقير لأنها صدقة. شرنبلالية. قوله: (فالدال الزيادة) قيد بها لأن النقصان كالحبل وقطع الثوب بفعل الموهوب له أو لا غير مانع. بحر. وفي الحبل كلام يأتي. قوله: (في نفس العين) خرج الزيادة من حيث السعر فله الرجوع. بحر. قوله: (القيمة) خرج الزيادة في العين فقط كطول الغلام وفداء الموهوب له لو جنى الموهوب خطأ. بحر وتمامه فيه. قوله: (كأن شبّ ثم شاخ) فيه أنه من قبيل زوال المانع كما قاله الإسبيجابي ولهذا سموها موانع. وعبارة القهستاني: مانع الزيادة إذا ارتفع، كما إذا بنى ثم هدم عاد حق الرجوع كما في المحيط وغيره، ومن الظن أنه ينافيه ما في النهاية أنه حين زاد لا يعود حق الرجوع بعده، لأنه قال ذلك فيما إذا زاد وانتقص جميعاً[2] كما صرح به نفسه اهـ.

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (فالدال الزيادة المتصلة) قال الزيلعي: المراد بالزيادة المتصلة الزيادة في نفس الموهوب بشيء يوجب وزيادة في القيمة.

(2) قال الرافعي: قوله: (لأنه قال ذلك فيما إذا زاد وانتقص جميعاً) وذلك كما فيما لو شب ثم شاخ، فإنه زاد في بدنه وانتقص من جهة شيخوخته، ومقتضى هذا أن القهستاني يقول في هذه المسألة بعدم الرجوع وهي ذات خلاف، ولم يذكر أحد الخلاف فيما زاد نفس الزيادة بل أجمعوا على عود الرجوع، وما في «الخانية» لم يتعرض لهذه المسألة بالاستدراك فيها، وما في القهستاني محل تأمل.

لأن الساقط لا يعود (كبناء وغرس) إن عدًا زيادة في كل الأرض وإلا رجع، ولو عدًا في قطعة منها امتنع فيها فقط. زيلعي (وسمن) وجمال وخياطة وصبغ وقصر ثوب وكبر صغير وسماع أصمّ وإبصار أعمى وإسلام عبد ومداواته وعفو جناية وتعليم قرآن أو كتابة أو قراءة ونقط مصحف بإعرابه، وحمل تمر من بغداد إلى بلخ مثلاً ونحوها.

وفي البزازية: والحبل إن زاد خيراً منع الرجوع، وإن نقص لا، ولو اختلفا في

قلت: في التاترخانية: ولو كانت الزيادة بناء فإنه يعود[1] حق الرجوع والمانع من الرجوع الزيادة في العين[2]. كذا ذكر شمس الأئمة السرخسي. قوله: (لأن الساقط) تعليل لما يفهم من قوله: «فليتنبه له» فإنه بمنزلة قوله: وفيه نظر ح. قوله: (وإلا رجع) أي: إن لم يعدا زيادة رجع. قال في الخانية: وهب داراً فبنى الموهوب له في بيت الضيافة التي تسمى بالفارسية: «كاسناه» تنوراً للخبز كان للواهب أن يرجع، لأن مثل هذا يعدّ نقصاناً لا زيادة اهـ. قوله: (ولو عدا إلخ) مفهوم قوله: «في كل الأرض» وقوله: (في قطعة منها) بأن كانت عظيمة. قوله: (ومداواته) أي: لو كان مريضاً من قبل، فلو مرض عنده فداواه لا يمنع الرجوع. بحر. قوله: (وحمل تمر) قال الزيلعي: ولو نقله من مكان إلى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه إلى مؤنة النقل: ذكر في المنتقى أن عندهما ينقطع الرجوع. وعند أبي يوسف لا، لأن الزيادة لم تحصل في العين فصار كزيادة السعر. ولهما أن الرجوع يتضمن إبطال حق الموهوب له في الكراء ومؤنة النقل، بخلاف نفقة البعد، لأنها بيدل وهو المنفعة والمؤنة بلا بدل اهـ.

قلت: ورأيت في شرح السير الكبير للسرخسي أنه لو كانت الهبة في دار الحرب فأخرجها الموهوب له إلى موضع يقدر فيه على حملها لم يكن للواهب الرجوع، لأنه حدث فيها زيادة بصنع الموهوب له، فإنها كانت مشرفة على الهلاك في مضيعة وقد أحياها بالإخراج من ذلك الموضع اهـ. لكنه ذكر ذلك في صورة ما إذا ألقى شيئاً وقال حين ألقاها: من أخذه فهو له. ذكره في التاسع والتسعين اهـ. قوله: (وفي البزازية) أقول: ما في البزازية جزم به في الخلاصة. قوله: (وإن نقص لا) قال في الهداية: والجواري في هذا تختلف، فمنهن من إذا حبلت اصفرّ لونها ودقّ ساقها، فيكون ذلك نقصاً فيها لا يمنع الواهب من الرجوع اهـ. وينبغي حمل هذا على ما إذا كان الحبل من غير الموهوب له، فلو منه لا رجوع، لأنها ثبت لها بالحمل منه وصف لا يمكن زواله، وهو أنها تأهلت لكونها أو ولده كما إذا ولدت منه بالفعل كما ذكره بعض المتأخرين تفقهاً، وقد

---

(1) قال الرافعي: قوله: (ولو كانت الزيادة بناء فإنه يعود) فيه سقط، وأصله: ولو كانت الزيادة بناء فانهدم فإنه يعود.

(2) قال الرافعي: قوله: (الزيادة في العين) فيه سقط، وأصله: الزيادة الباقية في العين.

الزيادة ففي المتولدة ككبر، القول للواهب، وفي نحو بناء وخياطة وصبغ للموهوب له. خانية وحاوي. ومثله في المحيط لكنه استثنى ما لو كان لا يبني في مثل تلك المدة (لا) تمنع الزيادة (المنفصلة كولد وأرش وعقر) وثمرة فيرجع في الأصل لا الزيادة، لكن لا يرجع بالأم حتى يستغني الولد عنها، كذا نقله القهستاني، لكن نقل البرجندي وغيره أنه قول أبي يوسف، فليتنبه له.

ولو حبلت ولم تلد هل للواهب الرجوع؟ قال في السراج: لا، وقال الزيلعي: نعم.

وفي الجوهرة: مريض مديون بمستغرق وهب أمة فمات ....

ذكروا أن الموهوب له إذا دبر العبد الموهوب انقطع الرجوع ط. قوله: (كولد) بنكاح أو سفاح. بزازية. قوله: (قول أبي يوسف) أقول: وظاهر الخانية اعتماد خلافه حيث قال: ولو ولدت الهبة ولداً كان للواهب أن يرجع في الأم في الحال. وقال أبو يوسف: لا يرجع حتى يستغني الولد عنها، ثم يرجع في الأم دون الولد اهـ. وكتبنا في أول العتق عند قوله: «والولد تبع الأم إلخ» مسألة الحبل فراجعها. قوله: (ولو حبلت) تقدم قريباً أن الحبل إن زاد خيراً منع، وإن نقص لا فليكن التوفيق. سائحاني. قوله: (ولم تلد) مفهومه: أنها لو ولدت ثبت الرجوع كما لو زال البناء. تأمل. قوله: (وقال الزيلعي إلخ) والتوفيق ما مر عن البزازية وعن الهندية[1]. قوله: (نعم) لأنه نقصان، وقدم في باب خيار العيب عن النهر أن الحبل عيب في بنات آدم لا في البهائم اهـ. قوله: (مريض مديون إلخ).

فروع: وهب في مرضه ولم يسلم حتى مات بطلت الهبة، لأنه وإن كان وصية حتى اعتبر فيه الثلث فهو هبة حقيقة فيحتاج إلى القبض.

وهب المريض عبداً لا مال له غيره[2]، ثم مات وقد باعه الموهوب له لا ينقض البيع[3]

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وعن «الهندية») لعله «الهداية» أو وقع التحريف في الأول.

(2) قال الرافعي: قوله: (وهب المريض عبداً لا مال له غيره إلخ) هكذا عبارة البزازي وفيها تأمل، ولتراجع نسخة أخرى من آخر الفصل من نوع في هبة المريض، ثم راجعت نسخاً كثيرة مصححة فوجدتها موافقة لما هنا، وظهر أن الصواب في التعليل أن يبدل الإعتاق بالهبة والواهب بالموهوب له، ومع هذا فهو ظاهر على غير المختار.

(3) قال الرافعي: قوله: (لا ينقض البيع إلخ) نفاذ البيع في هذه الصورة والعتق فيما إذا كان قبل موت الواهب إنما يظهر على مقابل المختار على ما يعلم من توجيه مسألة «الجوهرة» من أنه تعلق حق الغرماء بتركته بمرض الموت، وهبته حينئذ وصية لا تنفذ مع استغراقها بالدين، فلذا يلزمه عقرها لأنه لم يملكها قبل الموت حيث كانت وصية، ولا بعده لتعلق حق الغرماء وسقط الحد للشبهة كما ذكره =

وقد وطئت ردّها مع عقرها هو المختار (والميم موت أحد العاقدين) بعد التسليم،

ويضمن ثلثيه، وإن أعتقه الموهوب له والواهب مديون ولا مال له غيره قبل موته جاز، وبعد موت الواهب لا لأن الإعتاق في المرض وصية، وهي لا تعمل حال قيام الدين، وإن أعتقه الواهب قبل موته ومات لا سعاية على العبد لجواز الإعتاق ولعدم الملك يوم الموت. بزازية. ورأيت في مجموعة منلا علي الصغيرة بخطه عن جواهر الفتاوى: كان أبو حنيفة حاجاً فوقعت مسألة الدور بالكوفة، فتكلم كل فريق بنوع، فذكروا له ذلك حين استقبلوه، فقال من غير فكر ولا روية: أسقطوا السهم الدائرة تصح المسألة مثاله: مريض وهب عبداً له من مريض وسلمه إليه ثم وهبه من الواهب الأول وسلمه إليه ثم ماتا جميعاً ولا مال لهما غيره، فإنه وقع فيه الدور حتى رجع إليه شيء منه زاد في ماله، وإذا زاد في ماله زاد في ثلثه، وإذا زاد في ثلثه زاد فيما يرجع إليه، وإذا زاد فيما يرجع إليه زاد في ثلثه، ثم لا يزال كذلك فاحتيج إلى تصحيح الحساب، وطريقه أن تطلب حساباً له ثلث وأقله تسعة ثم تقول: صحت الهبة في ثلاثة منها ويرجع من الثلاثة سهم إلى الواهب الأول، فهذا السهم هو سهم الدور فأسقطه من الأصل بقي ثمانية، ومنها تصح. وهذا معنى قول أبي حنيفة: أسقطوا السهم الدائر. وتصح الهبة في ثلاثة من ثمانية[1]، والهبة الثانية في سهم فيحصل للواهب الأول ستة ضعف ما صححناه في هبته، وصححنا الهبة الثانية في ثلث ما أعطينا فثبت أن تصحيحه بإسقاط سهم الدور، وقيل: دع الدور يدور في الهواء اهـ ملخصاً. وفيه حكاية عن محمد فلتراجع. قوله: (وقد وطئت) أي: من الموهوب له أو غيره ط. قوله: (والميم إلخ) لينظر ما لو حكم بلحاقه مرتداً، أما إذا مات الموهوب له فلأن الملك قد انتقل إلى الورثة. وأما إذا مات الواهب فلأن النص لم يوجب حق الرجوع إلا للواهب، والوارث ليس بواهب. درر.

قلت: مفاد التعليل: أنه لو حكم بلحاقه مرتداً فالحكم كذلك، وليراجع صريح النقل، والله

= في «التكملة» اهـ، ثم رأيت المقدسي ذكر آخر كتاب الهبة ما نصه: في «الذخيرة» وهب داره وسلمها فمات ولا مال له غيرها ولم تجز الورثة بطل في الثلثين فقط، وبهذا تبين أن ملك الورثة واستحقاقهم يثبت مقصوراً على حالة الموت، ولا يستند إلى أول المرض، وإلا لفسدت في الثلث، وذكر محمد بن موسى الخوارزمي أن المريض لو وهب أمة وسلمها فوطئها فمات الواهب ولا مال غيرها ونقض في الثلثين كان عليه ثلثا العقر لهم، وهذا يشير إلى أن حق الورثة يستند ولا يقتصر ذكره ولم يسنده، ولو كان صحيحاً لبطلت الهبة في الثلث الباقي في مسألتنا فلا يكاد يصح لأنه مخالف لجواب كتب أصحابنا أنه يقتصر ولا عقر اهـ. أقول: ولا يخالف ما في «الخانية» و«الخزانة» وغيرهما: وطىء أمة وهبها مريض فمات وعليه دين مستغرق يردّ الهبة وعليه العقر، وهو المختار لأن ذلك لحق الغرماء لا الورثة، وفي «الخزانة»: مريض وهب لمريض عبداً وسلمه فأعتقه وليس لواحد مال غيره، ثم مات الواهب، ثم مات الموهوب له سعى في ثلثي قيمته لورثة الواهب وفي الثلث لورثة الموهوب له اهـ. بلفظه وبه يظهر الفرق بين المسألتين.

(1) قال الرافعي: قوله: (وتصح الهبة في ثلاثة من ثمانية) فيه شيء ولتنظر عبارة الأصل.

فلو قبله بطل، ولو اختلفا والعين في يد الوارث فالقول للوارث، وقد نظم المصنف ما يسقط بالموت فقال:

كَــفَّــارَةٌ دِيَــةٌ خَــرَاجٌ وَرَابِــعٌ ضَــمَــان لِـعِـتْـقٍ هَـكَـذَا نَـفَـقَـاتُ

كَذَا هِبَةٌ حكمُ الجَمِيعِ سُقُوطُها بِمَوْتٍ لِمَا أَنَّ الجَمِيعَ صِلاَتُ

(والعين العوض) بشرط أن يذكر لفظاً يعلم الواهب أنه عوض كل هبته (فإن قال: خذه عوض هبتك أو بدلها) أو في مقابلتها ونحو ذلك ....

أعلم. قوله: (بطل) يعني عقد الهبة، والأولى بطلت: أي: لانتقال الملك للوارث قبل تمام الهبة، سائحاني. قوله: (ولو اختلفا) أي: الشخصان لا بقيد الواهب والموهوب له، وإن كان التركيب يوهمه بأن قال وارث الواهب: ما قبضته في حياته وإنما قبضته بعد وفاته وقال الموهوب له بل قبضته في حياته والعبد في يد الوارث ط. قوله: (فالقول للوارث) لأن القبض قد علم الساعة والميراث قد تقدم القبض. بحر. قوله: (كفارة) سقوطها إذا لم يوص بها، وكذا الخراج. قوله: (ديه) بسكون الهاء[1]، وخراج بإسكان الجيم، ولو قال: هكذا لكان موزوناً. خراج ديات ثم كفارة كذا. قوله: (ضمان) أي: إذا أعتق نصيبه موسراً فضمنه شريكه. قوله: (نفقات) أي: غير المستدانة بأمر القاضي. قوله: (صلات) بكسر الصاد. قوله: (والعين العوض) وهب لرجل عبداً بشرط أن يعوضه ثوباً إن تقابضا جاز، وإلا لا. خانية. ....

(1) قال الرافعي: قوله: (بسكون الهاء) وقول النظم: كذا دية المراد أنها تسقط بموت من وجبت عليه من العاقلة لا أنها تسقط بموت القاتل عن العاقلة، فإن المصرح به في أول جناية الرقيق عدم سقوطها عنهم بموته، ولا تسقط أيضاً عن القاتل بموته إذا وجبت عليه كما يفيده ما ذكره الواني في حواشي «الدرر» من الكفالة ونصه: قوله: الدين الصحيح دين لا يسقط إلخ اعترض في هذه العبارة على صاحب «الكافي» بأنه قال: وتصح الكفالة بالمال معلوماً كان أو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً مثل أن يقول: كفلت عنه بمالك عليه، وكذا لو قال: كفلت لك بما أصابك من هذه الشجة التي شجك فلان وهي خطأ يصح بلغت النفس أو لم تبلغ، وقد صرح نفسه في كتاب الزكاة بأن الدية كبدل الكتابة ليست بدين حقيقة، حتى لا تستوفى من تركة من مات من العاقلة اهـ. ويمكن التوفيق بينهما بأن المراد من الدية المذكورة أولاً الدية التي تجب على الجاني من مال نفسه، وبالدية المذكورة ثانياً ما يجب على العاقلة على ما صرح به، لأنه لما كان مبنياً على النصرة صيانة لمال القاتل عن الاستئصال كان فيه شائبة التبرع، فلم يجب بعد الموت اهـ. وانظر ما في «الهداية» و«العناية» من باب المرتد، وفي شرح «الأشباه» مما سقط بالموت نفقة الأقارب والدية على العاقلة اهـ. وفي «الفتح» من كتاب الزكاة لا تؤخذ من تركة من مات من العاقلة الدية، لأن وجوبها بطريق الصلة انتهى، وقال الشارح في باب المرتد: ارتد القاطع فقتل أو مات، ثم سرى إلى النفس فهدر لفوات محل القود، ولو خطأ فالدية على العاقلة في ثلاث سنين من يوم القضاء عليهم «خانية».

(فقبضه الواهب سقط الرجوع) ولو لم يذكر أنه عوض رجع كل بهبته (و) لذا[1] (يشترط فيه شرائط الهبة) كقبض وإفراز وعدم شيوع ولو العوض مجانساً[2] أو يسيراً، وفي بعض نسخ المتن بدل الهبة العقد، وهو تحريف (ولا يجوز للأب أن يعوّض عما وهب للصغير من ماله) ....

قوله: (سقط الرجوع) أي: رجوع الواهب والمعوّض كما في الأنقروي[3]، وإليه يشير مفهوم الشارح. سائحاني. قال في الهامش: المرأة إذا أرادت أن يتزوّجها الذي طلقها فقال المطلق: لا أتزوجك حتى تهبيني ما لك عليّ فوهبت مهرها الذي عليه على أن يتزوّجها ثم أبى أن يتزوّجها قالوا: مهرها الذي عليه على حاله تزوّجها أو لم يتزوجها، لأنها جعلت المال على نفسها عوضاً عن النكاح، وفي النكاح العوض لا يكون على المرأة. خانية. وأفتى في الخيرية بذلك اهـ. قوله: (رجع كل) برفع «كلّ» منوناً عوضاً عن المضاف إليه، لأن التمليك المطلق يحتمل الابتداء ويحتمل المجازاة، فلا يبطل حق الرجوع بالشك. مستصفى. قوله: (بهبته) ها هنا كلام، وهو أن الأصل المعروف كالملفوظ كما صرح به في الكافي، وفي العرف يقصد التعويض، ولا يذكر خذ بدل هبتك ونحوه استحياء[4]، فينبغي أن لا يرجع، وإن لم يذكر البدلية. وفي الخانية: بعث إلى امرأته هدايا وعوّضته المرأة وزفت إليه ثم فارقها فادعى الزوج أن ما بعثه عارية وأراد أن يسترد وأرادت المرأة أن تسترد العوض فالقول للزوج في متاعه لأنه أنكر التمليك، وللمرأة أن تسترد ما بعثه إذ تزعم أنه عوض للهبة، فإذا لم يكن ذلك هبة لم يكن هذا عوضاً فلكل منهما استرداد متاعه. وقال أبو بكر الإسكاف: إن صرحت حين بعثت أنه عوض فكذلك، وإن لم تصرح به ولكن نوت أن يكون عوضاً كان ذلك هبة منها وبطلت نيتها، ولا يخفى أنه على هذا ينبغي أن يكون[5] في مسألتنا اختلاف. يعقوبية. قوله: (أو يسيراً) أي: أقل من الموهوب، لأن العوض ليس ببدل حقيقة[6]، وإلا لما جاز بالأقل للربا. قوله: (أن يعوّض) وإن عوض فللواهب الرجوع لبطلان التعويض، بزازية. قوله: (من ماله) أي: من مال الصغير، ولو من مال الأب صح لما

(1) قال الرافعي: قول الشارح: (ولذا) الأولى حذفه كما قال ط، ولا يستقيم ما في التكملة والسندي.

(2) قال الرافعي: قول الشارح: (ولو العوض مجانساً) لعله ولو غير مجانس.

(3) قال الرافعي: قوله: (كما في الأنقروي) ومثله في «غاية البيان».

(4) قال الرافعي: قوله: (ولا يذكر خذ بدل هبتك ونحو استحياء) لا يظهر ما قاله، إلا إذا كان العرف فيما ذكر مستمراً وهو غير محقق.

(5) قال الرافعي: قوله: (ولا يخفى أنه على هذا ينبغي أن يكون إلخ) ذكر في «الجوهرة» ما يفيد أنه يكفي العلم بأنه عوض هبته كما نقله السندي.

(6) قال الرافعي: قوله: (لأن العوض ليس ببدل حقيقة إلخ) وذلك أن الموهوب له مالك للهبة، والإنسان لا يعطي بدل ملكه لغيره، وإنما عوضه ليسقط حقه في الرجوع.

ولو وهب العبد التاجر ثم عوّض فلكل منهما الرجوع. بحر **(ولا يصح تعويض مسلم من نصراني عن هبته خمراً أو خنزيراً)** إذ لا يصح تمليكاً من المسلم. بحر **(ويشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب، فلو عوّضه البعض عن الباقي)** لا يصح **(فله الرجوع في الباقي)** ولو الموهوب شيئين فعوّضه أحدهما عن الآخر: إن كانا في عقدين صح، وإلا لا، لأن اختلاف العقد كاختلاف العين والدراهم تتعين في هبة ورجوع مجتبى **(ودقيق الحنطة يصلح عوضاً عنها)** لحدوثه بالطحن، وكذا لو صبغ بعض الثياب أو لتّ بعض السويق ثم عوّضه صح. خانية **(ولو عوضه ولد إحدى جاريتين موهوبتين وجد)** ذلك الولد **(بعد الهبة امتنع الرجوع وصح)** العوض **(من أجنبي ويسقط حق الواهب في الرجوع إذا قبضه)** كبدل الخلع **(ولو)** التعويض بغير إذن **(الموهوب له)** ولا رجوع ولو بأمره إلا إذا قال: عوض عني على أني ضامن لعدم وجوب التعويض، بخلاف قضاء الدين **(و)** الأصل أن **(كل ما يطالب به الإنسان بالحبس والملازمة يكون الأمر بأدائه مثبتاً للرجوع من غير اشتراط الضمان، وما لا فلا)** إلا إذا شرط الضمان. ظهيرية. وحينئذ **(فلو أمر المديون رجلاً بقضاء دينه رجع**

سيأتي من صحة التعويض من الأجنبي. سائحاني. **قوله: (وهب العبد)** فوهب مبني للمفعول: أي: وهب له شخص شيئاً. **قوله: (ثم عوض)** أي: عوض العبد عن هبته. **قوله: (الرجوع)** لعدم ملك التاجر المأذون الهبة فلم يصح العوض. **قوله: (بحر)** لأن العبد المأذون لا يملك أن يهب أولاً ولا آخراً في التعويض. سائحاني. ويحتمل أن وهب مبني للفاعل وعوض مبني للمفعول. **قوله: (من نصراني)** من بمعنى اللام. **قوله: (خمراً)** مفعول تعويض. **قوله: (في هبة)** يعني إذا وهبه دراهم تعينت، فلو أبدلها بغيرها كان إعراضاً منه عنها، فلو أتى بغيرها ودفعه له فهو هبة مبتدأة وإذا قبضها الموهوب له وأبدلها بجنسها أو بغير جنسها لا رجوع عليه، ومثل الدراهم الدنانير ط. **قوله: (ورجوع)** أي: ليس له أن يرجع إلا إذا كانت دراهم الهبة قائمة بعينها، فلو أنفقها كان إهلاكاً يمنع الرجوع ط. **قوله: (بالطحن)** أي: فلا يقال: إنه عين الموهوب أو بعضه. **قوله: (ثم عوضه)** أي: البعض: أي: جعله عوضاً عن الهبة لحصول الزيادة فكأنه شيء آخر. **قوله: (امتنع الرجوع)** لأنه ليس له الرجوع في الولد فصح العوض. **قوله: (ولا رجوع)** أي: للمعوض على الموهوب له ولو كان شريكه سواء كان بإذنه أو لا، لأن التعويض ليس بواجب عليه، فصار كما لو أمره أن يتبرّع لإنسان إلا إذا قال: على أني ضامن، بخلاف المديون إذا أمر رجلاً بأن يقضي دينه حيث يرجع عليه وإن لم يضمن، لأن الدين واجب عليه. منح. **قوله: (لعدم)** علة لقوله: «ولا رجوع». **قوله: (والأصل إلخ)** تقدم قبل كفالة الرجلين أصلان آخران.

عليه) وإن لم يضمن لوجوبه عليه، لكن يخرج عن الأصل ما لو قال: أنفق على بناء داري أو قال الأسير: اشترني فإنه يرجع فيهما بلا شرط رجوع كفالة. خانية. مع أنه لا يطالب بهما لا بحبس ولا بملازمة، فتأمل (وإن استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض، وعكسه لا ما لم يرد ما بقي) لأنه يصلح عوضاً ابتداء فكذا بقاء، لكنه يجبر ليسلم العوض، ومراده العوض الغير المشروط أما المشروط فمبادلة كما سيجيء فيوزع البدل على المبدل. نهاية (كما لو استحق كل العوض[1] حيث يرجع في كلها إن كانت قائمة لا إن كانت هالكة)[2] كما لو استحق العوض وقد ازدادت الهبة لم يرجع. خلاصة (وإن استحق جميع الهبة كان له أن يرجع في جميع العوض إن كان قائماً وبمثله إن) العوض (هالكاً وهو مثلي وبقيمته إن قيمياً) غاية (ولو عوّض النصف رجع بما لم يعوّض) ولا يضرّ الشيوع لأنه طارىء.

تنبيه: نقل في المجتبى أنه يشترط في العوض أن يكون مشروطاً في عقد الهبة، أما إذا عوضه بعده فلا ولم أر من صرّح به غيره، ....

قوله: (لكن) استدراك على قوله: «وما لا فلا». قوله: (رجع بنصف العوض) قال في الجوهرة: وهذا أي: الرجوع فيما إذا لم يحتمل القسمة، وإن فيما يحتملها إذا استحق بعض الهبة بطل في الباقي ويرجع بالعوض اهـ: أي: لأن الموهوب له تبين أنه لم يملك ذلك البعض المستحق فبطل العقد من الأصل لأنه هبة مشاع فيما يحتمل القسمة. قوله: (وعكسه لا) أي: إن استحق نصف العوض لا يرجع بنصف الهبة، لأن النصف الباقي مقابل لكل الهبة، فإن الباقي يصلح للعوض ابتداء فكان إبقاء، إلا أنه يجبر، لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم له فله أن يرده. قوله: (ليسلم) الأولى لأنه لم يسلم له العوض. قوله: (الغير المشروط) أي: في العقد. قوله: (ولو عوض النصف إلخ) عوضه في بعض هبته[3] بأن كانت ألفاً عوضه درهماً منه، فهو فسخ في حق الدرهم ويرجع في الباقي، وكذا البيت في حق الدار. بزازية. (ولا يضر الشيوع) أي: الحاصل بالرجوع في النصف. قوله: (ولم أر من صرّح إلخ) قائله صاحب المنح. أقول: صرح به في غاية البيان ونصه: قال أصحابنا: إن العوض الذي[4] يسقط به الرجوع ما شرط

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (كما لو استحق كل العوض إلخ) تنظير لمفهوم قوله: ما لم يرد الباقي، فإن مفهومه أنه إذا رد الباقي يرجع بكل الهبة سندي.

(2) قال الرافعي: قول المصنف: (لا إن كانت هالكة إلخ) الظاهر تقييدها وما لو استحق العوض مع زيادة الهبة بما إذا لم يكن العوض مشروطاً تأمل.

(3) قال الرافعي: قوله: (عوضه في بعض هبته إلخ) هذه مسألة أخرى غير ما في المصنف.

(4) قال الرافعي: قوله: (قال أصحابنا: إن العوض الذي إلخ) منه يعلم اعتماد ما في «المجتبى».

وفروع المذهب مطلقة كما مر فتدبر (والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له) ولو بهبة إلا إذا رجع الثاني فللأول الرجوع، سواء كان بقضاء أو رضا لما سيجيء أن الرجوع فسخ، حتى لو عادت بسبب جديد بأن تصدق بها الثالث على الثاني أو باعها منه لم يرجع الأول، ولو باع نصفه رجع في الباقي لعدم المانع، وقيد الخروج بقوله (بالكلية) بأن يكون خروجاً عن ملكه من كل وجه، ثم فرّع عليه بقوله (فلو ضحى الموهوب له بالشاة الموهوبة أو نذر التصدق بها وصارت لحماً لا يمنع الرجوع) ومثله المتعة والقران والنذر. مجتبى. وفي المنهاج: وإن وهب له ثوباً فجعله صدقة لله تعالى فله الرجوع خلافاً للثاني (كما لو ذبحها من غير تضحية) فله الرجوع اتفاقاً.

فرع: عبد عليه دين أو جناية خطأ فوهبه مولاه لغريمه أو لوليّ الجناية سقط

في العقد، فأما إذا عوضه بعد العقد لم يسقط الرجوع، لأنه غير مستحق على الموهوب له، وإنما تبرّع به ليسقط عن نفسه الرجوع هبة مبتدأة وليس كذلك إذا شرط في العقد، لأنه يوجب أن يصير حكم العقد حكم البيع، ويتعلق به الشفعة ويرد بالعيب، فدل أنه قد صار عوضاً عنها. وقالوا **أيضاً**: يجب أن يعتبر في العوض الشرائط المعتبرة في الهبة من القبض وعدم الإشاعة لأنه هبة. كذا في شرح الأقطع. وقال في التحفة: فأما العوض المتأخر عن العقد فهو لإسقاط الرجوع، ولا يصير في معنى المعاوضة لا ابتداء ولا انتهاء، وإنما يكون الثاني عوضاً عن الأول بالإضافة إليه نصاً كهذا عوض عن هبتك، فإن هذا عوض إذا وجد القبض ويكون هبة يصح، ويبطل فيما تصح وتبطل به الهبة، وأما إذا لم يضف إلى الأول يكون هبة مبتدأة ويثبت حق الرجوع في الهبتين جميعاً اهـ مع بعض اختصار. ومفاده: أنهما قولان أو روايتان: الأول: لزوم اشتراطه في العقد. والثاني: لا بل لزوم الإضافة إلى الأول. وهذا الخلاف في سقوط الرجوع، وأما كونه بيعاً انتهاء فلا نزاع في لزوم اشتراطه في العقد. تأمل. **قوله**: (وفروع المذهب إلخ) **قلت**: الظاهر: أن الاشتراط[1] بالنظر لما سبق من توزيع البدل على المبدل لا مطلقاً، وحينئذ فما في المجتبى لا يخالف إطلاق فروع المذهب فتأمل. أبو السعود المصري. **قوله**: (كما مر) من دقيق الحنطة وولد إحدى جاريتين. **قوله**: (سواء كان) أي: رجوع الثني. **قوله**: (فسخ) فإذا عاد إلى الواهب الثاني ملكه عاد بما كان متعلقاً به. **قوله**: (لم يرجع الأول) لأن حق الرجوع لم يكن ثابتاً في هذا الملك. درر عن المحيط. **قوله**: (لا يمنع الرجوع) وجازت الأضحية كما في المنح عن المجتبى. **قوله**: (فجعله) أي: الموهوب له. **قوله**: (عبد عليه دين إلخ) صبيّ له على مملوك وصيه دين، فوهب الوصي عبده للصبي ثم أراد الوصيّ الرجوع، في ظاهر الرواية له ذلك، وعن محمد المنع. بزازية. ....

---

(1) قال الرافعي: قوله: (قلت: الظاهر أن الاشتراط إلخ) لا يناسب ما قبله، بل المسألة خلافية.

الدين والجناية، ثم لو رجع صح استحساناً، ولا يعود الدين والجناية عند محمد ورواية عن الإمام، كما لا يعود النكاح لو وهبها لزوجها ثم رجع. خانية **(والزاي الزوجية وقت الهبة، فلو وهب لامرأة ثم نكحها رجع ولو وهب لامرأته لا)** كعكسه.

فرع: لا تصح هبة المولى لأم ولده ولو في مرضه، ولا تنقلب وصية إذ لا يد للمحجور، أما لو أوصى لها بعد موته تصح لعتقها بموته فيسلم لها. كافي **(والقاف القرابة، فلو وهب لذي رحم محرم منه)** نسباً **(ولو ذمياً أو مستأمناً لا يرجع)** شمني **(ولو وهب لمحرم بلا رحم كأخيه رضاعاً)** ولو ابن عمه **(ولمحرم بالمصاهرة كأمهات النساء والربائب وأخيه وهو عبد لأجنبي أو لعبد أخيه رجع ولو كانا)** أي: العبد ومولاه **(ذا رحم محرم من الواهب فلا رجوع فيها اتفاقاً على الأصح)** لأن الهبة لأيهما

قوله: **(استحساناً)** قال في الخانية: وفي القياس لا يصح رجوعه في الهبة، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة والمعلى عن أبي يوسف وهشام عن محمد، وعلى قول أبي يوسف: إذا رجع في الهبة يعود الدين والجناية، وأبو يوسف استفحش قول محمد وقال: أرأيت لو كان على العبد دين لصغير فوهبه مولاه منه فقبل الوصي وقبض فسقط الدين، فإن رجع بعد ذلك لو قلنا لا يعود الدين كان قبول الوصي الهبة تصرفاً مضرًا على الصغير ولا يملك ذلك، وأما مسألة النكاح ففيها روايتان عن أبي يوسف في رواية: إذا رجع الواهب يعود النكاح اهـ. **قوله: (كعكسه)** أي: لو وهبت لرجل ثم نكحها رجعت ولو لزوجها لا. **قوله: (لذي رحم محرم)** خرج من كان ذا رحم وليس بمحرم، ومن كان محرماً وليس بذي رحم. درر. فالأول: كابن العم، فإذا كان أخاه من الرضاع أيضاً فهو خارج أيضاً، واحترز عنه بقوله: «نسباً» فإنه ليس بذي رحم محرم من النسب كما في الشرنبلالية. والثاني: كالأخ رضاعاً. **قوله: (منه نسباً)** الضمير في «منه» للرحم، فخرج الرحم غير المحرم كابن العم، والمحرم غير الرحم كالأخ رضاعاً، والرحم المحرم الذي محرميته لا من الرحم كابن عم هو أخ رضاعاً، وعلى هذا لا حاجة إلى **قوله**: نسباً. نعم يحتاج إليه لو جعل الضمير للواهب ليخرج به الأخير. تدبر. **قوله: (ولو ابن عمه)** أي: ولو كان أخوه رضاعاً ابن عمه، وهذا خارج بقوله: (منه) أو بقوله: (نسباً) لأن محرميته ليست من النسب بل من الرضاع. ولا يخفى أن وصله بما قبله غير ظاهر، لأن قوله: المحرم بلا رحم لا يشمله لكونه رحماً، ويمكن أن يقال قوله: **(بلا رحم)** الباء فيه للسببية: أي: لمحرم بسبب غير الرحم كالباء في قوله بعده: «بالمصاهرة». **قوله: (ولمحرم)** عطف على بلا رحم فلا يمنع الرجوع. باقاني. **قوله: (والربائب إلخ)** وأزواج البنين والبنات. خانية. **قوله: (رجع)** لأن الملك لم يقع فيها للقريب من كل وجه بدليل أن العبد أحق بما وهب له إذا احتاج إليه وهذا عنده، وقالا: يرجع في الأولى دون الثانية كما في البحر. **قوله: (ذا رحم محرم)** صورته: أن يكون لرجل أختان لكل واحدة منهما ولد وأحد الولدين مملوك للآخر، أو يكون له أخ من أبيه وأخ من أمه وأحدهما مملوك للآخر. **قوله**.

وقعت تمنع الرجوع. بحر.

فرع: وهب لأخيه وأجنبي ما لا يقسم فقبضاه له الرجوع في حظ الأجنبي لعدم المانع. درر **(والهاء هلاك العين الموهوبة ولو ادعاه)** أي: الهلاك **(صدّق بلا حلف)** لأنه ينكر الرد **(فإن قال الواهب: هي هذه)** العين **(حلف)** المنكر **(أنها ليست هذه)** خلاصة **(كما يحلف)** الواهب **(أن الموهوب له ليس بأخيه إذا ادعى)** الأخ **(ذلك)** لأنه يدعي مسبب النسب لا النسب. خانية **(ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم)** للاختلاف فيه فيضمن بمنعه بعد القضاء لا قبله **(وإذا رجع بأحدهما)** بقضاء أو رضا **(كان فسخاً)** لعقد الهبة **(من الأصل وإعادة لملكه)** القديم لا هبة للواهب **(فـ)**ـلهذا **(ولا يشترط فيه قبض الواهب وصح)** الرجوع **(في الشائع)** ولو كان هبة لما صح فيه **(وللواهب رده على بائعه مطلقاً)**[1] بقضاء أو رضا **(بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء)** لأن حق المشتري في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا، ثم مرادهم بالفسخ من الأصل أن لا يترتب على العقد أثر في المستقبل لا بطلان أثره أصلاً، وإلا لعاد المنفصل إلى ملك الواهب برجوعه. فصولين **(اتفقا)** الواهب

(هلاك العين) وكذا إذا استهلكت كما هو ظاهر، صرح به أصحاب الفتاوى. رملي. **قلت**: وفي البزازية: ولو استهلك البعض له أن يرجع بالباقي. **قوله**: **(مسبب النسب)** بضم الميم وفتح السين وتشديد الباء وهو المال: أي: ادعى بسبب النسب مالاً لازماً وكان المقصود إثباته دون النسب، منح. **قوله**: **(ولا يصح إلخ)** قال قاضيخان: وهب ثوباً لرجل ثم اختلسه منه فاستهلكه ضمن الواهب قيمة الثوب للموهوب له، لأن الرجوع في الهبة لا يكون إلا بقضاء أو رضا سائحاني. **قوله**: **(أو بحكم الحاكم إلخ)** الواهب إذا رجع في هبته في مرض الموهوب له بغير قضاء يعتبر ذلك من جميع مال الموهوب له أو من الثلث: فيه روايتان، ذكر ابن سماعة في القياس: يعتبر من جميع ماله. خانية. **قوله**: **(بمنعه)** أي: وقد طلبه لأنه تعدّى، فلو أعتقه قبل القضاء نفذ، ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه، وكذا إذا هلك بعد القضاء لأنه أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه. بحر. **قوله**: **(وإعادة)** بنصبه معطوف على «فسخاً». **قوله**: **(لا هبة)** أي: كما قاله زفر رحمه الله. **قوله**: **(في الشائع)** بأن رجع لبعض ما وهب. **قوله**: **(على بائعه)** أي: بحكم خيار العيب: يعني ولم يعلم بالعيب قبل الهبة. أبو السعود. **قوله**: **(مطلقاً)** حال من رجوع الواهب. **قوله**: **(وصف السلامة)** ولهذا لو زال العيب امتنع الرد. **قوله**: **(لعاد المنفصل)** أي: الزوائد المنفصلة المتولدة من الموهوب. كذا في الهامش. ....

---

[1] قال الرافعي: قول المصنف: (مطلقاً) يظهر أنه لا حاجة إليه.

والموهوب له (على) الرجوع في (موضع لا يصح) رجوعه من المواضع السبعة السابقة (كالهبة لقرابته جاز) هذا الإتفاق منهما. جوهرة. وفي المجتبى: لا تجوز الإقالة في الهبة والصدقة في المحارم إلا بالقبض لأنها هبة، ثم قال: وكل شيء يفسخه الحاكم إذا اختصما إليه فهذا حكمه، ولو وهب الدين لطفل المديون لم يجز لأنه غير مقبوض، وفي الدرر قضى ببطلان الرجوع لمانع ثم زال المانع عاد الرجوع (تلفت) العين (الموهوبة واستحقها مستحق وضمن) المستحق (الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن) لأنها عقد تبرّع فلا يستحق فيه السلامة (والإعارة كالهبة) هنا لأن قبض المستعير كان لنفسه، ولا غرور لعدم العقد، وتمامه في العمادية (وإذا وقعت الهبة بشرط العوض المعين فهي هبة ابتداء فيشترط التقابض في العوضين

قوله: (لا يصح رجوعه) صفة للموضع. كذا في الهامش. قوله: (لأنها هبة) أي: الإقالة هبة: أي: مستقلة. وعبارة البزازية: استقال المتصدق عليه بالصدقة فأقاله لم يجز حتى يقبض لأنه هبة مستقلة، وكذا إذا كانت الهبة لذي رحم محرم، وكل شيء لا يفسخه الحاكم إذا اختصما إليه فهذا حكمه، وتمامه فيها فراجعها في نسخة صحيحة. قوله: (وكل شيء يفسخه) قيل: الظاهر أنه سقط منه لفظة «لا»[1] والأصل لا يفسخه كما هو الواقع في الخانية اهـ. وبه يظهر المعنى ويكون المراد منه تعميم المحارم وغيرهم مما لا رجوع في هبتهم. قوله: (ولو وهب إلخ) سيجيء في الورقة الثانية أن المعتمد الصحة. سائحاني. قوله: (عاد الرجوع) مبني على ما قدمه عن الخانية واعتمده القهستاني، لكن في كلامه هناك إشارة إلى اعتماد خلافه.

قلت: ولا يخفى ما في إطلاق الدرر، فإن المانع قد يكون خروج الهبة من ملكه ثم تعود بسبب جديد، وقد يكون للزوجية ثم تزول، وفي ذلك لا يعود الرجوع كما صرحوا به. نعم صرحوا به فيما إذا بنى في الدار ثم هدم البناء وفيما إذا وهبها لآخر ثم رجع، ولعل المراد زوال المانع العارض، فالزوجية وإن زالت لكنها مانع من الأصل، والعود بسبب جديد بمنزلة تجدد ملك حادث من جهة غير الواهب فصارت بمنزلة عين أخرى غير الموهوبة، بخلاف ما إذا عادت إليه بما هو فسخ، هذا ما ظهر لي فتدبره. قوله: (وضمن) بتشديد الميم والمستحق فاعله والموهوب مفعوله. قوله: (التقابض) أي: في المجلس وبعده بالإذن. سائحاني. قوله: (في العوضين) فإن لم يوجد التقابض فلكل واحد منهما أن يرجع، وكذا لو قبض أحدهما فقط فلكل

---

(1) قال الرافعي: قوله: (قيل: الظاهر أنه سقط منه لفظة لا إلخ) في «الهندية» من الباب الثاني عشر: رجل تصدق على رجل بصدقة وسلمها إليه، ثم استقاله الصدقة فأقاله لم يجز حتى يقبض، وكذا الهبة لذي رحم محرم، وكل شيء لا يفسخه القاضي إذا اختصما لديه، فهذا حكمه وكل شيء فسخه القاضي إذا اختصما إليه فأقاله الموهوب له فهو مال للواهب وإن لم يقبض إلخ.

ويبطل) العوض (بالشيوع) فيما يقسم (بيع انتهاء فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة)هذا إذا قال: وهبتك على أن تعوّضني كذا، أما لو قال: وهبتك بكذا فهو بيع ابتداء وانتهاء، وقيد العوض بكونه معيناً، لأنه لو كان مجهولاً بطل اشتراطه فيكون هبة ابتداء وانتهاء.

فرع: وهب الواقف أرضاً شرط استبداله بلا شرط عوض لم يجز، وإن شرط كان كبيع. ذكره الناصحي. وفي المجمع: وأجاز محمد هبة مال طفله بشرط عوض مساو ومنعاه.

قلت: فيحتاج على قولهما إلى الفرق بين الوقف ومال الصغير انتهى، والله أعلم.

فَصْلٌ فِي مَسَائِلَ مُتَفَرِّقَةٍ

(وهب أمة إلا حملها وعلى أن يردها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو) وهب

الرجوع، القابض وغيره سواء. غاية البيان. قوله: (بيع انتهاء) أي: إذا اتصل القبض بالعوضين. غاية البيان. إلا أنه لا تحالف لو اختلفا في قدر العوض لما في المقدسي عن الذخيرة اتفقا على أن الهبة بعوض. واختلفا في قدره ولم يقبض والهبة قائمة، خير الواهب بين تصديق الموهوب له والرجوع في الهبة أو بقيمتها لو هالكة، ولو اختلفا في أصل العوض فالقول للموهوب له في إنكاره، وللواهب الرجوع لو قائماً، ولو مستهلكاً فلا شيء له، ولو أراد الرجوع فقال: أنا أخوك أو عوضتك أو إنما تصدقت بها فالقول للواهب استحساناً اهـ ملخصاً. قوله: (بلا شرط) متعلق بوهب. قوله: (إلى الفرق) قال شيخ والدي: وقد يفرق بينهما بأن الواقف[1] لما شرط الاستبدال وهو يحصل بكل عقد يفيد المعاوضة كان هذا العقد داخلاً في شرطه، بخلاف هبة الأب مال ابنه الصغير. كذا قاله الرملي في حاشيته على المنح. مدني.

فَصْلٌ فِي مَسَائِلَ مُتَفَرِّقَةٍ

قوله: (إلا حملها) اعلم أن استثناء الحمل ينقسم ثلاثة أقسام: في قسم يجوز التصرف ويبطل الاستثناء كالهبة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد. وفي قسم لا يجوز أصل التصرف كالبيع والإجارة والرهن، لأن هذه العقود تبطل بالشروط، وكذا باستثناء الحمل. وفي قسم يجوز التصرف والاستثناء جميعاً كالوصية، لأن إفراد الحمل بالوصية جائز فكذا استثناؤه. يعقوبية.

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وقد يفرق بينهما بأن الواقف إلخ) في هذا الفرق تأمل.

(داراً على أن يرد عليه شيئاً منها) ولو معيناً كثلث الدار أو ربعها **(أو على أن يعوّض في الهبة والصدقة شيئاً عنها صحت)** الهبة **(وبطل الاستثناء)** في الصورة الأولى **(و)** بطل **(الشرط)** في الصور الباقية لأنه بعض أو مجهول، والهبة لا تبطل بالشروط، ولا تنس ما مر من اشتراط معلومية العوض.

(أعتق حمل أمة ثم وهبها صح، ولو دبره ثم وهبها لم يصح) لبقاء الحمل على ملكه فكان مشغولاً به، بخلاف الأول.**(كما لا يصح)** تعليق الإبراء عن الدين بشرط محض كقوله لمديونه: إذا جاء غد أو إن متّ بفتح التاء فأنت بريء من الدين أو إن مت من مرضك هذا أو إن مت من مرضي هذا فأنت في حلّ من مهري فهو باطل،

قوله: (شيئاً منها) أي: شيئاً مجهولاً ح. **قوله:** (لأنه بعض) وقد مر متناً أنه يشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب. **قوله:** (أو مجهول) الأول: راجع إلى صورة هبة الدار، والثاني: إلى **قوله:** «أو على أن يعوض» ولا يشمل الثلاث التي بعد الأولى، فالأولى تعليل الهداية بأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد، فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها، إلا أن يقال **قوله:** والهبة لا تبطل بالشروط من تتمة التعليل. **قوله:** (ولا تنس إلخ) نبه عليه إشارة إلى دفع ما قاله **الزيلعي** تبعاً للنهاية من أن قوله: «أو على أن يعوض إلخ» فيه إشكال،، لأنه إن أراد به الهبة بشرط العوض، فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله: «بطل الشرط» وإن أراد به أن يعوضه عنها شيئاً من العين الموهوبة فهو تكرار محض، لأنه ذكره بقوله: «على أن يرد عليه شيئاً منها» وحاصل الدفع أن المراد الأول، وإنما بطل الشرط لجهالة العوض. كذا أفاده في البحر. ثم رأيت صدر الشريعة صرح به فقال: مرادهم ما إذا كان العوض مجهولاً، وإنما يصح العوض إذا كان معلوماً. **قوله:** (بشرط محض إلخ).

فروع: وهبت مهرها لزوجها على أن يجعل أمر كل امرأة يتزوّجها عليها بيدها ولم يقبل الزوج، قيل لا يبرأ، والمختار أن الهبة تصح بلا قبول المديون، وإن قبل إن جعل أمرها بيدها فالإبراء ماض، وإن لم يجعل فكذلك عند البعض، والمختار أنه يعود، وكذا لو أبرأته على أن لا يضربها ولا يجحدها أو يهب لها كذا فإن لم يكن هذا شرطاً في الهبة لا يعود المهر.

منعها من المسير إلى أبويها حتى تهب مهرها، فالهبة باطلة لأنها كالمكرهة. وذكر شمس الإسلام خوفها بضرب حتى تهب مهرها فإكراه إن كان قادراً على الضرب، وذكر بكر سقوط المهر.

لا يقبل التعليق بالشرط، ألا ترى أنها لو قالت لزوجها: إن فعلت كذا فأنت بريء من المهر لا يصح.

قال لمديونه: إن لم أقتض ما لي عليك حتى تموت فأنت في حلّ فهو باطل، لأنه تعليق

لأنه مخاطرة وتعليق (إلا بشرط كائن) ليكون تنجيزاً كقوله لمديونه: إن كان لي عليك دين أبرأتك عنه صح، وكذا إن مت بضم التاء فأنت بريء منه أو في حل جاز وكان وصية. خانية (جاز العمرى) للمعمر له ولورثته بعد لبطلان الشرط (لا) تجوز (الرقبى) لأنها تعليق بالخطر، وإذا لم تصح تكون عارية. شمني. لحديث أحمد وغيره «من أعمر عمرى فهي لمعمره في حياته وموته، لا ترقبوا فمن أرقب شيئاً فهو سبيل الميراث»(١).

والبراءة لا تحتمله. بزازية. قوله: (لأنه مخاطرة) لاحتمال موت الدائن قبل الغد أو قبل موت المديون ونحو ذلك، لأن المعنى إذا مت قبلي وإن جاء الغد والدين عليك فيحتمل أن يموت الدائن قبل الغد أو قبل موت المديون، فكان مخاطرة. كذا قرره شيخنا.

وأقول: الظاهر: أن المراد أنه مخاطرة في مثل إن متّ من مرضك هذا، وتعليق في مثل إن جاء الغد والإبراء لا يحتملهما، وأن المراد بالشرط الكائن الموجود حالة الإبراء. وأما قوله: إن متّ بضم التاء فإنما صح وإن كان تعليقاً لأنه وصية[1]، وهي تحتمل التعليق فافهم. وتقدمت المسألة في متفرقات البيوع فيما يبطل بالشرط، ولا يصح تعليقه به. قوله: (جاز العمرى) بالضم من الإعمار كما في الصحاح. قال في الهامش: العمرى هي أن يجعل داره له عمره فإذا مات ترد عليه اهـ. قوله: (لا تجوز الرقبى) هي أن تقول: إن متّ قبلك فهي لك لحديث أحمد وأبي داود والنسائي مرفوعاً: «من أعمر عمرى إلخ» كذا في الهامش في كافي الحاكم الشهيد باب الرقبى.

رجل حضرته الوفاة فقال: داري هذه حبيس، لم تكن حبيساً وهي ميراث، وكذا إن قال: داري هذه حبيس على عقبي من بعدي، والرقبى هو الحبيس وليس بشيء.

رجل قال لرجلين: عبدي هذا لأطولكما حياة، أو قال: عبدي هذا حبيس على أطولكما حياة فهذا باطل وهو الرقبى، وكذلك ولو قال لرجل: داري لك حبيس، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: أما أنا فأرى أنه إذا قال[2]: لك حبيس فهي له إذا قبضها، وقوله:

---

(1) قال الرافعي: قوله: (فإنما صح وإن كان تعليقاً لأنه وصية إلخ) مقتضاه صحة التعليق في إن مت من مرضي هذا فأنت في حل من مهري، ويكون وصية، وانظر ما ذكره في المتفرقات، وقدمنا أن الوصية إنما يصح تعليقها بمطلق موته لا بموت مقيد.

(2) قال الرافعي: قوله: (وقال أبو يوسف: أما أنا فأرى أنه إذا قال إلخ) قال الزيلعي: وقال أبو يوسف: تصح الرقبى أيضاً بناء على أنها تمليك للحال واشتراط الاسترداد بعد موته عنده كالعمرى، ثم قال: =

---

(١) رواه أبو داود في كتاب: البيوع، باب: في الرقبى. (الحديث: ٣٥٥٩). ورواه النسائي في كتاب: الرقبى، باب: ذكر الاختلاف على ابن أبي نجيح في خبر زيد بن ثابت. (٦/ ٢٦٩).
جامع الأصول: ٨/ ١٧٣ (٦٠٠٣).

(بعث إلى امرأته متاعاً) هدايا إليها (وبعثت له أيضاً) هدايا عوضاً للهبة صرحت بالعوض أو لا (ثم افترقا بعد الزفاف وادعى) الزوج (أنه عارية) لا هبة وحلف (فأراد الاسترداد وأرادت) هي (الاسترداد) أيضاً (يسترد كل) منهما (ما أعطى) إذ لا هبة فلا عوض، ولو استهلك أحدهما ما بعثه الآخر ضمنه، لأن من استهلك العارية ضمنها. خانية (هبة الدين ممن عليه الدين[1] وإبراؤه عنه يتم من غير قبول) إذا لم يوجب انفساخ عقد صرف أو سلم[2]، لكن يرتد بالرد في المجلس وغيره لما فيه من معنى

حبيس باطل، وكذلك إذا قال: هي لك رقبى اهـ. وفيه أيضاً فإذا قال: داري هذه لك عمرى تسكنها وسلمها إليه فهي هبة، وهي بمنزلة قوله: طعامي هذا لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه، وإن قال: وهبت لك هذا العبد حياتك وحياته فقبضه فهي هبة جائزة، وقوله: حياتك باطل، وكذا لو قال: أعمرتك داري هذه حياتك أو قال: أعطيتكها حياتك فإذا مت فهي لي وإذا مت أنا فهي لوارثي، وكذا لو قال: هو هبة لك ولعقبك من بعدك، وإن قال: أسكنتك داري هذه حياتك ولعقبك من بعدك فهي عارية، وإن قال: هي لك ولعقبك من بعدك فهي هبة له، وذكر العقب لغو اهـ. قوله: (فلا عوض) لأنها إنما قصدت التعويض عن هبة، فلما ادعى العارية ورجع لم يوجد التعويض فلها الرجوع. قوله: (من غير قبول) لما فيه من معنى الإسقاط ح. قوله: (عقد صرف أو سلم) لأنه يتوقف على القبول في السلم والصرف لكونه موجباً للفسخ فيهما لا لكونه هبة. منح. قوله: (لكن يرتد إلخ) استدراك على قوله: «يتم من غير قبول» بمعنى أنه وإن تم من غير قبول لما فيه من معنى الإسقاط ولكنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك ح.

قال في الأشباه: الإبراء يرتد بالرد إلا في مسائل: الأولى: إذا أبرأ المحتال المحال عليه[3].

= فحاصله أنه متى وجد التمليك في الحال واشتراط الرد في المآل يجوز بالإجماع، لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشرط، بل الشرط يبطل، ومتى كان التمليك مضافاً إلى زمان مستقبل لا تجوز بالإجماع، فكان الخلاف بينهم مبنياً على تفسير الرقبى وليس باختلاف حقيقة، فإذا لم يكن بينهم اختلاف في الحقيقة أمكن التوفيق بين الأخبار، فما روي من النهي محمول على أن المراد به إبطال شرط الاسترداد بعد موت الموهوب له، وما روي من الإطلاق محمول على أنه جائز والشرط باطل إلخ فانظره.

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (هبة الدين ممن عليه الدين) شامل لمن عليه حقيقة أو حكماً، كما لو وهب لوارثه المديون أو لمولاه كما في «الأشباه» والتتمة.

(2) قال الرافعي: قول الشارح: (أو سلم) إذا أبرأه عن رأس مال السلم يتوقف على القبول اتفاقاً، وإذا أبرأه عن المسلم فيه يتوقف عليه على القول بأنه يكون إقالة موجبة لرد ما قابله لا على أنه حط غير موجب لذلك، كما بين ذلك الحموي.

(3) قال الرافعي: قوله: (الأولى إذا أبرأ المحتال المحال عليه إلخ) هذا ظاهر على القول بأن الحوالة نقل =

الإسقاط، وقيل يتقيد بالمجلس. كذا في العناية. لكن في الصيرفية: لو لم يقبل ولم يرد حتى افترقا ثم بعد أيام رد لا يرتد في الصحيح، لكن في المجتبى: الأصح أن الهبة تمليك والإبراء إسقاط (تمليك الدين ممن ليس عليه الدين باطل[1] إلا) في ثلاث: حوالة، ووصية، و(إذا سلطه) أي: سلط المملك غير المديون (على قبضه)

فرده لا يرتد. وكذا إذا قال المديون أبرئني فأبرأه، وكذا إذا أبرأ الطالب الكفيل. وقيل يرتد. الرابعة: إذا قبله ثم رده لم يرتد اهـ. قوله: (الإسقاط) تعليل للتعميم: يعني وإنما صح الرد في غير المجلس لما فيه من معنى الإسقاط، إذ التمليك المحض يتقيد رده بالمجلس، وليس تعليلاً لقوله: يرتد بالرد لما علمت أن علته ما فيه من معنى التمليك فتنبه ح. قوله: (لكن في الصيرفية) استدراك على تضعيف صاحب العناية القول الثاني. قوله: (لكن في المجتبى) استدراك على جعلهم كلاً من الهبة والإبراء إسقاطاً من وجه تمليكاً من وجه، وأنت خبير بأن هذا الاستدراك مخالف للمشهور ح. قوله: (تمليك) أي: فيحتاج إلى القبول. قال في الهامش: فمن قال: بالتمليك يحتاج إلى الجواب. منح. قوله: (إسقاط) ومن قال: للإسقاط لا يحتاج إليه منح. كذا في الهامش. قوله: (على قبضه) أي: وقبضه. قال في جامع الفصولين: هبة الدين ممن ليس عليه لم تجز إلا إذا وهبه وأذن له بقبضه جاز صك لم يجز، إلا إذا سلطه على قبضه فيصير كأنه وهبه حين قبضه[2] ولا يصح إلا بقبضه اهـ. فتنبه لذلك. رملي. قال السائحاني: وحينئذ يصير وكيلاً في القبض عن الآمر، ثم أصيلاً في القبض لنفسه. ومقتضاه: صحة عزله عن التسليط قبل القبض، وإذا قبض بدل الدراهم دنانير صح، لأنه صار الحق للموهوب له[3] فملك الاستبدال،

= المطالبة فقط لا على أنها نقل الدين، مع أن هذا الفرع محل اتفاق على ما ذكره المحشي في الحوالة، وقال الحموي: لا يخفى عدم ظهور وجهه، ثم لعل الخلاف المحكي في الكفالة مبني على الخلاف فيها من أنها ضم في المطالبة أو في الدين.

(1) قال الرافعي: قول المصنف: (تمليك الدين ممن ليس عليه الدين باطل إلخ) صادق بالهبة والبيع، فمقتضاه أنه يجوز بيعه بالتسليط كما قاله البعلي، ويظهر أنه إذا كان البيع بأحد النقدين لا بد من التقابض في المجلس لكونه صرفاً، وقوله: ويتفرع على هذا الأصل إلخ قال في «الأشباه» من أحكام الدين في مداينات «القنية» قضى دين غيره ليكون له ما على المطلوب، فرضي جاز ثم رقم لآخر بخلافه اهـ. قال البعلي: يمكن أن يوفق بينهما يحمل الأول على التسليط والثاني على عدمه.

(2) قال الرافعي: قوله: (فيصير كأنه وهبه حين قبضه إلخ) على هذا لا تكون هذه المسألة من تمليك الدين لغير من عليه.

(3) قال الرافعي: قوله: (لأنه صار الحق للموهوب له إلخ) كذا في «الأشباه» قال بعد نقله هذه المسألة عن «الواقعات الحسامية» وهو مقتضٍ لعدم صحة الرجوع عن التسليط اهـ. وهو أيضاً منافٍ لكونه وكيلاً قابضاً للموكل، ثم لنفسه تأمل.

أي: الدين **(فيصح)** حينئذٍ، ومنه ما لو وهبت من ابنها ما على أبيه فالمعتمد الصحة للتسليط، ويتفرع على هذا الأصل لو قضى دين غيره على أن يكون له لم يجز ولو كان وكيلاً بالبيع. فصولين **(و)** ليس منه ما **(إذا أقرّ الدائن أن الدين لفلان وأن اسمه)** في كتاب الدين **(عارية)** حيث **(صح)** إقراره لكونه إخباراً لا تمليكاً فللمقرّ له قبضه[1]. بزازية. وتمامه في الأشباه من أحكام الدين، وكذا لو قال: الدين الذي لي على فلان لفلان. بزازية وغيرها.

وإذا نوى في ذلك التصدق[2] بالزكاة أجزأه كما في الأشباه اهـ. **قوله: (ما على أبيه)** أي: وأمرته بالقبض. بزازية مدني. **قوله: (للتسليط)** أي: إذا سلطته على القبض كما يشير إليه قوله: «ومنه» وفي الخانية: وهبت المهر لابنها الصغير الذي من هذا الزوج الصحيح أنه لا تصح الهبة إلا إذا سلطت ولدها على القبض فيجوز ويصير ملكاً للولد إذا قبض اهـ. فقول الشارح: «للتسليط» أي: التسليط صريحاً لا حكماً كما فهمه السائحاني وغيره[3]، لكن لينظر فيما إذا كان الابن لا يعقل[4] فإن القبض يكون لأبيه، فهل يشترط أن يفرز الأب قدر المهر ويقبضه لابنه أو يكفي قبوله كما في هبة الدين ممن عليه. **قوله: (بالبيع)** فلو دفع للموكل عن دين المشتري على أن يكون ما على المشتري للوكيل لا يجوز. **قوله: (وليس منه)** أي: من تمليك الدين ممن ليس عليه. **قوله:**

---

(1) **قال الرافعي: قول الشارح: (فللمقر له قبضه)** هذا رواية أبي يوسف، وعلى ظاهر الرواية ولاية القبض للمقر، ولا يملكه المقر له إلا بتوكيله، ووجهها أن الدين قد يكون مملوكاً لإنسان ولا يكون له حق القبض كما في «الولوالجية» من الفصل الرابع من الدعوى.

(2) **قال الرافعي: قوله: (وإذا نوى في ذلك التصدق إلخ)** عبارة «الأشباه» لو تصدق بالدين الذي على فلان على زيد بنية الزكاة وأمره بقبضه، فقبضه أجزاه.

(3) **قال الرافعي: قوله: (كما فهمه السائحاني وغيره)** ما فهمه السائحاني غيره هو الموافق لما في «القنية» على ما نقله عنها في شرح «الأشباه»، وفي حاشية أبي السعود وشرح «تنوير الأذهان» ونصها: لها على زوجها دين فوهبته لولدها الصغير صح لأن هبة الدين من غير من عليه الدين تجوز إذا سلطه على قبضه، وللأب ولاية قبض الهبة لولده الصغير، فكان قبضه بحكم الولاية كقبض الصغير، فصارت كأنها سلطت الصغير على قبضه اهـ. ونقل البيري عنها أيضاً: وهبت مهرها الذي على زوجها لولدها الصغير وقبل الأب لا يجوز لأنه غير مقبوض، وبه نأخذ اهـ. قال أبو السعود: فاستفيد من مجموع كلام المصنف وهو المنقول هنا عن «الفصولين» والبيري ترجيح كل من القولين.

(4) **قال الرافعي: قوله: (لكن لينظر فيما إذا كان الابن لا يعقل)** مقتضى اشتراطهم تسليط الصغير على القبض أن الهبة لا تصح في هذه الصورة، ومجرد فرز الأب قدر الدين لابنه وقبضه له لا يكفي للصحة إذ بذلك لا يصير المفروز للدين.

قلت: وهو مشكل لأنه مع الإضافة إلى نفسه يكون تمليكاً، وتمليك الدين ممن ليس عليه باطل فتأمله. وفي الأشباه في قاعدة تصرف الإمام معزياً لصلح البزازية: اصطلحا أن يكتب اسم أحدهما في الديوان فالعطاء لمن كتب اسمه إلخ (والصدقة كالهبة) بجامع التبرع، وحينئذ (لا تصح غير مقبوضة ولا في مشاع يقسم ولا رجوع فيها) ولو على غني، لأن المقصود فيها الثواب لا العوض، ولو اختلفا فقال الواهب: هبة والآخر: صدقة فالقول للواهب. خانية.

فروع: كتب قصة إلى السلطان يسأله تمليك أرض محدودة فأمر السلطان بالتوقيع فكتب كاتبه جعلتها ملكاً له هل يحتاج إلى القبول في المجلس؟ القياس:

(فتأمله) يمكن الجواب بأن المراد الدين الذي لي على فلان بحسب الظاهر هو لفلان في نفس الأمر، فلا إشكال فتدبر ح.

أقول: ويمكن أن يكون مبنياً على الخلاف، فإنه قال في القنية راقماً لعلي السغدي: إقرار الأب لولده الصغير بعين من ماله تمليك إن أضافه إلى نفسه في الإقرار، وإن أطلق فإقرار كما في سدس داري وسدس هذه الدار، ثم رقم لنجم الأئمة البخاري إقرار في الحالتين لا تمليك اهـ. قال في إقرار المنح: فيفيد أن في هذه المسألة خلافاً، ولكن الأصل المذكور هو المشهور، وعليه فروع في الخانية وغيرها. وقد يجاب بأن الإضافة في قوله: «الدين[1] الذي لي» إضافة نسبة لا ملك كما أجاب به الشارح في الإقرار عن قولهم جميع ما في بيتي لفلان فإنه إقرار، وكذا لو قالوا: من ألفاظ الإقرار جميع ما يعرف بي أو جميع ما ينسب إليّ، والله تعالى أعلم. وقد مرت المسألة قبيل إقرار المريض وأجبنا عنه بأحسن مما هنا فراجعه. قوله: (غير مقبوضة) فإن قلت: قدم أن الصدقة لفقيرين جائزة فيما يحتمل القسمة بقوله: وصح تصدق عشرة لفقيرين. قلت: المراد هنا من المشاع أن يهب بعضه لواحد فقط فحينئذ هو مشاع يحتمل القسمة، بخلاف الفقيرين فإنه لا شيوع كما تقدم. بحر. قوله: (ولو على غني) اختاره في الهداية مقتصراً عليه، لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب لكثرة عياله. بحر. وهذا مخالف لما مر قبيل باب الرجوع من أن الصدقة على الغنيّ هبة، ولعلهما قولان[2]. تأمل. قوله: (فأمر السلطان) هذا إنما يتم في

---

(1) قال الرافعي: قوله: (وقد يجاب بأن الإضافة في قوله: الدين إلخ) ليس في كلام الأب ما يدل على إضافة النسبة في الصورة التي نقلها الشارح عن «البزازية».

(2) قال الرافعي: قوله: (ولعلهما قولان) في التمة عن «المنتقى» لا رجوع في الصدقة، وإن كانت على الغني استحساناً، لأن التنصيص على الصدقة دليل على أن غرضه الثواب، والصدقة على الغني قد تكون سبباً للثواب بأن كان له نصاب وله عيال لا يكفيه اهـ، ومقتضى كونه استحساناً ترجيحه على القول بأن الصدقة على الغني هبة تأمل.

نعم، لكن لما تعذر الوصول إليه أقيم السؤال بالقصة مقام حضوره.

أعطت زوجها مالاً بسؤاله ليتوسع فظفر به بعض غرمائه: إن كانت وهبته أو أقرضته ليس لها أن تسترد من الغريم، وأن أعطته ليتصرف فيه على ملكها فلها ذلك لا له.

دفع لابنه مالاً ليتصرف فيه ففعل وكثر ذلك فمات الأب: إن أعطاه هبة فالكل له، وإلا فميراث. وتمامه في جواهر الفتاوى.

بعثت إليه بهدية في إناء، هل يباح أكلها فيه إن كان ثريداً ونحوه مما لو حولة إلى إناء آخر ذهبت لذته؟ يباح، وإلا فإن كان بينهما انبساط يباح أيضاً، وإلا فلا.

أرض موات أو ملك السلطان، أما إذا أقطعه من غير ذلك فللإمام أن يخرجه متى شاء[1] كما سلف ذلك في العشر والخراج ط. قوله: (أو أقرضته) وسيأتي ما لو تصرف في مالها وادعى أنه بإذنها. قوله: (وإلا فميراث) بأن دفع إليه ليعمل للأب.

فروع: دفع دراهم إلى رجل وقال: أنفقها ففعل فهو قرض، ولو دفع إليه ثوباً وقال: ألبسه نفسك فهو هبة، والفرق مع أنه تمليك فيهما أن التمليك[2] قد يكون بعوض، وهو أدنى من تمليك المنفعة، وقد أمكن في الأول لأن قرض الدراهم يجوز، بخلاف الثانية. ولوالجية. وفيها: قال أحد الشريكين للآخر: وهبتك حصتي من الربح والمال قائم لا تصح، لأنها هبة مشاع فيما يحتمل القسمة، ولو كان استهلكه الشريك صحت.

رجل اشترى حلياً ودفعه إلى امرأته واستعملته ثم ماتت، ثم اختلف الزوج وورثتها أنها هبة أو عارية، فالقول قول الزوج مع اليمين أنه دفع ذلك إليها عارية، لأنه منكر للهبة. منح. وانظر ما كتبناه أول كتاب الهبة عن خزانة الفتاوى: قال الرملي: وهذا صريح في در كلام أكثر العوام أن تمتع المرأة يوجب التمليك ولا شك في فساده اهـ. وسبقه إلى هذا صاحب البحر كما ذكرناه عنه في باب التحالف، وكتبنا هناك عن البدائع: أن المرأة إن أقرّت أن هذا المتاع اشتراه لي سقط قولها، لأنها أقرت بالملك لزوجها ثم ادعت الانتقال إليها فلا يثبت إلا بالبينة اهـ. وظاهره: شمول ثياب البدن، ولعله في غير الكسوة الواجبة وهو الزائد عليها. تأمل وراجع. ويدل عليه ما

---

(1) قال الرافعي: قوله: (فللإمام أن يخرجه متى شاء) تقدم له أن للسلطان أن يقطع ويملك عين أرض بيت المال لمن يستحقه.

(2) قال الرافعي: قوله: (والفرق مع أنه تمليك فيهما أن التمليك إلخ) عبارة «الولوالجية» من الفصل الثاني: والفرق أن هذا تمليك في المسألتين جميعاً، والتمليك قد يكون بالقرض، وقد يكون بالهبة والقرض أدنى لأنه تمليك المنفعة، فكان تعينه أولى إن أمكن، ففي المسألة الأولى أمكن لأن قرض الدراهم يجوز وفي المسألة الثانية لا اهـ.

دعا قوماً إلى طعام وفرّقهم على أخونة ليس لأهل خوان مناولة أهل خوان آخر ولا إعطاء سائل وخادم وهرة لغير رب المنزل ولا كلب، ولو لرب المنزل، إلا أن يناوله الخبز المحترق للإذن عادة. وتمامه في الجوهرة وفي الأشباه: لا جبر على الصلات إلا في أربع: شفعة، ونفقة زوجة، وعين موصى بها، ومال وقف. وقد حررت أبيات الوهبانية على وفق ما في شرحها للشرنبلالي فقلت:

وَوَاهِبُ دَيْنٍ لَيْسَ يَرْجِعُ مُطْلَقاً ... وَإِبْرَاءُ ذِي نِصْفٍ يَصِحُّ الْمُحَرَّرُ
عَلَى حَجِّهَا أَوْ تَرْكِهِ ظلمَهُ لَهَا ... إِذَا وَهَبَتْ مَهْراً وَلَمْ يُوفِ يخسَرُ
مُعَلَّقُ تَطْلِيقٍ بِإِبْرَاءِ مَهْرِهَا ... وَإِنْكَاحِ أُخْرَى لَوْ بَرُدُّ فَيَظْفَرُ

مر أول الهبة من قوله: «اتخذ لولده ثياباً إلخ» فحيث لا رجوع له هناك ما لم يصرح بالعارية فهنا أولى. قوله: (خوان) بكسر الخاء وأخونة قبلها بكسر التاء[1] منونة. قوله: (على الصلات) بكسر الصاد. قوله: (مطلقاً) أي: سواء قبل المديون أو لا، وقيل لا بد من القبول، ويظهر لك منه ما في كلام البحر[2] حيث قال أول باب الرجوع: وأطلق الهبة فانصرفت إلى الأعيان، فلا رجوع في هبة الدين للمديون بعد القبول، بخلافه قبله لكونها إسقاطاً اهـ. وكأنه اشتبه عليه الرد بالرجوع، تأمل. قوله: (وإبراء ذي نصف إلخ) قال قاضيخان: وإذا كان دين بين شريكين فوهب أحدهما نصيبه من المديون جاز، وإن وهب نصف الدين مطلقاً ينفذ في الربع كما لو وهب نصف العبد المشترك[3] اهـ. كذا في الهامش. قوله: (على حجها إلخ) اشتمل البيت على مسألتين: الأولى: امرأة تركت مهرها للزوج على أن يحج بها فلم يحج بها، قال محمد بن مقاتل إنها تعود بمهرها، لأن الرضا بالهبة كان بشرط العوض، فإذا انعدم العوض انعدم الرضا والهبة لا تصح بدون الرضا. والثانية: إذا قالت لزوجها: وهبت مهري منك على أن لا تظلمني فقبل صحت الهبة، فلو ظلمها بعد ذلك فالهبة ماضية. وقال بعضهم: مهرها باق إن ظلمها. كذا في الهامش. قوله: (معلق تطليق إلخ) البيت للشرنبلالي نظم فيه مسألة سئل عنها وهي: قال لها: متى نكحت عليك أخرى

(1) قال الرافعي: قوله: (بكسر التاء) لعله الواو.
(2) قال الرافعي: قوله: (ويظهر لك منه ما في كلام «البحر» إلخ) عبارته في حاشية «البحر» قوله: فلا رجوع في هبة دين للمديون بعد القبول بخلافه قبله، لا يخفى عليك أن الكلام في رجوع الواهب، وهذا في ردّ الموهوب له ولا رجوع للواهب هنا مطلقاً، قال في المنظومة الوهبانية: (وواهب دين ليس يرجع مطلقاً). ولا يخفى أن غاية ما يقال: إن صاحب البحر مشى على القيل الثاني أن هبة الدين تتوقف على القبول. فللواهب الرجوع قبله لا بعده.
(3) قال الرافعي: قوله: (كما لو وهب نصف العبد المشترك) الذي تقدم نقله في الشركة عن الفصول العمادية بالعزو إلى وصل خلاف هذا وهو انصراف البيع إلى نصيب البائع، فانظره فيها.

وَإِنْ قَبَضَ الإِنْسَنُ مَالَ مَبِيعِهِ فَأَبْرَأَ يُؤْخَذْ مِنْهُ كَالدَّيْنِ أَظْهَرُ
وَمِنْ دُونِ أَرْضٍ فِي الْبِنَاءِ صَحِيحَةٌ وَعِنْدِي فِيهِ وَقْفَةٌ فَيُحَرَّرُ

قلت: وجه توقفي تصريحهم في كتاب الرهن بأن رهن البناء دون الأرض وعكسه لا يصح لأنه كالشائع فتأمله، وأشرت بأظهر لما في العمادية عن خواهر زاده أنه لا يرجع، واختاره بعض المشايخ وفيظفر: أي: بنكاح ضرتها لأنه برده للإبراء أبطله فلا حنث فليحفظ اهـ.

وأبرأتني من مهرك فأنت طالق؟ فهل إذا ادعى أنه أوفاها المهر فلم يبق ما تبرئه عنه وأنكرت يقبل في عدم الحنث؟ وإن لم يقبل بالنظر لسقوط حقها كما يقبل **قوله:** لو اختلفا في وجود الشرط؟ فأجاب: إن رد الإبراء لم يحنث، لأنه لو كان كما ادعت فرده أبطله، وإن كان كما ادعى فالرد معتبر لبطلان الإبراء المقتضي للحنث، وإنما اعتبر الرد مع دعوى الدفع لما يأتي أنه إذا قبض دينه ثم أبرأ غريمه وقبل صحّ الإبراء ويرجع عليه بما قبض اهـ ملخصاً. ومفهومه: أنه لو لم يقبل لم يصح الإبراء، **قال:** وإنما سطرته دفعاً لما يتوهم من الحنث بمجرد الإبراء، وانظر ما ذكره الشارح في آخر باب التعليق. **وقال في الهامش:** أي: إذا علق طلاق امرأته على نكاح أخرى مع الإبراء عن المهر فتزوج فادعت امرأته الإبراء فادعى دفع المهر فالقول له في عدم الحنث، لكن قال في الأشباه: وعلى أن الإبراء بعد القضاء صحيح لو علق طلاقها بإبرائها عن المهر ثم دفعه لها لا يبطل التعليق، فإذا أبرأته براءة إسقاط وقع اهـ. كذا في الهامش. **قوله: (وإن قبض الإنسان)** باع متاعاً وقبض الثمن من المشتري ثم أبرأ البائع المشتري من الثمن بعد القبض يصح إبراؤه، ويرجع المشتري على البائع بما كان دفعه إليه من الثمن. كذا في الهامش. **قوله: (صحيحة)** أي: هي صحيحة. كذا في الهامش. **قوله: (أي بنكاح)** عبارة الشرنبلالي: أي: بقهر المرأة لبقائها في نكاحه مع الضرة، وهو الأنسب حيث كان المعلق طلاقها لا طلاق الضرة.

فائدة: قال الزاهدي في كتابه المسمى بحاوي مسائل المنية للقاضي عبد الجبار: انتهب وسادة كرسي العروس وباعها يحلّ إن كانت وضعت للنهب اهـ.

أقول: وعليه يقاس شمع الأعراس والموالد. رملي على المنح، والله سبحانه أعلم.

قال الفقير إلى الباري سبحانه المرتجى كرمه وإحسانه وامتنانه محمد علاء الدين ابن المؤلف: هذا آخر ما وجدته على نسخة شيخنا المؤلف المرحوم الوالد السيد محمد أفندي عابدين عليه رحمة أرحم الراحمين وأحسن له الفوائد، ولكن يحتاج بعضه إلى مراجعة أصله المنقول عنه، فإنه لم يظهر لي، وليس عندي أصله لأرجع إليه، والله المسؤول وعليه التكلان ونسأله سبحانه التوفيق لأقوم طريق وهو حسبي ونعم الوكيل، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم، وذلك في خامس وعشري صفر الخير نهار الأربعاء قبيل الظهر سنة ألف ومائتين وستين، أحسن الله ختامها آمين.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المحتويات

٣١ ــ كتاب الحوالة

مطلب: في حوالة الغازيّ وحوالة المستحقّ من الوقف ١١
مطلب: في تأجيل الحوالة ٢١
مطلب: في السّفتجة وهي البوليصة ٢١

٣٢ ــ كتاب القضاء

مطلب: في التّنفيذ ٢٧
مطلب: أمر القاضي هل هو حكم أو لا؟ ٢٧
مطلب: الحكم الفعليّ ٢٧
مطلب: في حكم القاضي الدّرزيّ والنّصرانيّ ٣٠
مطلب: في قضاء العدوّ على عدوّه ٣٣
مطلب: يفتى بقول الإمام على الإطلاق ٣٩
مطلب: في الكلام على الرّشوة والهديّة ٤٢
مطلب: السّلطان يصير سلطانا بأمرين ٤٥
مطلب: في تفسير الصّلاح والصّالح ٤٥
مطلب: في الاجتهاد وشروطه ٤٦
مطلب: طريق النّقل عن المجتهد ٤٧
مطلب: للسّلطان أن يقضي بين الخصمين ٥٠
مطلب: ما كان فرض كفاية يكون أدنى فعله النّدب ٥٠
مطلب: أبو حنيفة دعي إلى القضاء ثلاث مرّات فأبى ٥١
مطلب: في حكم القضاء في بلاد تغلّب عليها الكفّار ٥٢
مطلب: في العمل بالسّجلاّت وكتب الأوقاف القديمة ٥٢
مطلب: في أجرة المحضر ٥٦
مطلب: في هديّة القاضي ٥٦
مطلب: في حكم الهديّة للمفتي ٥٧

فصل في الحبس ٦٣
مطلب: لا تحبس زوجته معه لو حبسته ٦٤
مطلب: إذا تعارض ما في المتون والفتاوى فالمعتمد ما في المتون ٧٠
مطلب: في ملازمة المديون ٧٩
مطلب: بيّنة اليسار أحقّ من بيّنة الإعسار عند التّعارض ٨٠
مطلب: في استخلاف القاضي نائباً عنه ٨٣
مطلب: في عموم النّكرة في سياق الشّرط ٨٧
مطلب: ما ينفّذ من القضاء وما لا ينفّذ ٨٨
مطلب مهمّ في قولهم: يشترط كون القاضي عالما باختلاف الفقهاء ٨٩
مطلب مهمّ: في الحكم بالموجب ٩٢
مطلب: الموجب على ثلاثة أقسام ٩٣
مطلب: في الحكم بما خالف الكتاب أو السّنّة أو الإجماع ٩٦
مطلب: يوم الموت لا يدخل تحت القضاء ١٠١
مطلب: في القضاء بشهادة الزّور ١٠٤
مطلب مهمّ: المقضيّ له أو عليه يتّبع رأي القاضي وإن خالف رأيه ١٠٧
مطلب: في قضاء القاضي بغير مذهبه ١٠٨
مطلب: حكم الحنفيّ بمذهب أبي يوسف أو محمّد حكم بمذهبه ١٠٨
مطلب: الحكم والفتوى بما هو مرجوح خلاف الإجماع ١٠٩
مطلب: في أمر الأمير وقضائه ١١٠
مطلب: في القضاء على الغائب ١١٢
مطلب: فيمن ينتصب خصما عن غيره ١١٣
مطلب: المسائل الّتي يكون القضاء فيها على الحاضر قضاء على الغائب ١١٥
مطلب: في القضاء على المسخّر ١٢١
مطلب: في الخصم إذا اختفى في بيته ١٢٢
مطلب: في بيع التّركة المستغرقة بالدّين ١٢٢
مطلب: دفع الورثة كرما من التّركة إلى أحدهم ليقضي دين مورثهم فقضاه يصح ١٢٣
مطلب: للقاضي إقراض مال اليتيم ونحوه ١٢٤
مطلب: فيما لو قضى القاضي بالجور ١٢٦
مطلب: إذا قاس القاضي وأخطأ فالخصومة للمدّعى عليه مع القاضي والمدعي يوم القيامة ١٢٧
مطلب: القضاء يقبل التّقييد والتّعليق ١٢٧
مطلب: في عدم سماع الدّعوى بعد خمس عشرة سنة ١٢٨
مطلب: هل يبقى النّهي بعد موت السّلطان ١٢٨
مطلب: إذا ترك الدّعوى ثلاثا وثلاثين سنة لا تسمع ١٣١
مطلب: باع عقارا وأحد أقاربه حاضر لا تسمع دعواه ١٣١

مطلب: طاعة الإمام واجبة ١٣٢
مطلب: لا يصحّ رجوع القاضي عن قضائه إلاّ في ثلاث ١٣٣
مطلب: في حكم القاضي بعلمه ١٣٣
مطلب: فعل القاضي حكم ١٣٤
مطلب: القضاء القوليّ يحتاج للدّعوى بخلاف الفعليّ والضّمنيّ ١٣٤
مطلب: في القضاء الضّمنيّ ١٣٥
مطلب: أمر القاضي حكم ١٣٦
مطلب: يحلّف القاضي غريم الميّت ١٣٦
مطلب: في حبس الصّبيّ ١٣٧
١ ـ باب التحكيم ١٣٩
مطلب: جملة من لا يحبس عشرة ١٣٩
مطلب: حكم بينهما قبل تحكيمه ثمّ أجازاه جاز ١٤٢
٢ ـ باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٤٨
مطلب: لا يعمل بالخطّ ١٥٢
مطلب: في العمل بما في الدّفاتر السّلطانيّة ١٥٢
مطلب: في دفتر البيّاع والصّرّاف والسّمسار ١٥٣
مطلب: في قضاء القاضي بعلمه ١٥٧
مطلب: في جعل المرأة شاهدة الوقف ١٦٠
مطلب: لا يصحّ تقرير المرأة في وظيفة الإمامة ١٦٠
مطلب: لا يصحّ تولية السّلطان مدرّسا ليس بأهل ١٦٠
مطلب: في توجيه الوظائف للابن ولو صغيرا ١٦١
هذه مسائل شتّى ١٦٥
مطلب: فيما لو انهدم المشترك وأراد أحدهما البناء وأبى الآخر ١٦٦
مطلب: في فتح باب آخر للدّار ١٦٨
مطلب: اقتسموا دارا وأراد كل منهم فتح باب لهم ذلك ١٧١

٢٣ ــ كتاب الشّهادات

١ ـ باب القبول وعدمه ٢١٣
٢ ـ باب الاختلاف في الشّهادة مبني هذا الباب على أصول مقرّرة ٢٤٥
باب الاختلاف في الشّهادة ٢٤٥
٣ ـ باب الشّهادة على الشّهادة ٢٥٦
٤ ـ باب الرّجوع عن الشّهادة ٢٦٤

٢٤ ــ كتاب الوكالة

١ ـ باب الوكالة بالبيع والشراء ٢٨٤
فصل: لا يعقد وكيل البيع والشراء والإجارة والصرف والسلم ونحوها ٢٩٣
٢ ـ باب الوكالة بالخصومة والقبض ٣٠٦
٣ ـ باب عزل الوكيل ٣١٨

٢٥ ــ كتاب الدّعوى

١ ـ باب التحالف ٣٥٧
فصل في دفع الدّعاوى ٣٦٨
٢ ـ باب دعوى الرّجلين ٣٧٥
٣ ـ باب دعوى النّسب ٣٩٢

٢٦ ــ كتاب الإقرار

١ ـ باب الاستثناء وما في معناه في كونه مغيّرا كالشّرط ونحوه ٤٢٨
٢ ـ باب إقرار المريض ٤٣٥
فصل في مسائل شتّى ٤٥٢

٢٧ ــ كتاب الصّلح

فصل في دعوى الدّين ٤٨٦
فصل في التخاريج ٤٩٠

المضاربة

١ ـ باب المضارب يضارب ٥٠٩
فصل في المتفرّقات ٥١٥

٢٩ ــ كتاب الإيداع

ما جاء في كتاب الإيداع ٥٢٦

٣٠ ــ كتاب العارية

ما جاء في كتاب العارية ٥٤٩

٣١ ــ كتاب الهبة

١ ـ باب الرّجوع في الهبة ٥٨٦
فصل في مسائل متفرّقة ٥٩٩

